

Den norske hjemfallsretten i EFTA-domstolen;

EØS-avtalens saklige virkeområde

Kandidatnummer:

691

Leveringsfrist:

25.november 2008

Til sammen 14 402 ord

28.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Introduksjon til oppgaven og problemstillingen.	1
1.2	Metode og materiale.	3
1.3	Avgrensning og videre fremstilling.	4
<u>2</u>	<u>PRESENTASJON AV SAKEN.</u>	<u>5</u>
2.1	Faktum.	5
2.2	Faktisk bakgrunn.	6
<u>3</u>	<u>NORGES OPPRINNELIGE FORSTÅELSE AV FORHOLDET MELLOM HJEMFALLSRETEN OG EØS-AVTALEN.</u>	<u>8</u>
<u>4</u>	<u>BEHANDLINGEN AV PROBLEMSTILLINGEN VED EFTA-DOMSTOLEN.</u>	<u>11</u>
4.1	Innledning	11
4.2	Forholdet mellom EØS-avtalen og statenes forvaltning av naturressursene.	12
4.2.1	Generelt om omfanget av avtalen og forvaltningen av naturressursene.	12
4.2.2	De omtvistede reglene som en integrert del av ressursforvaltningen.	16
4.3	EØS artikkel 125.	17
4.3.1	Spørsmålet om EØS artikkel 125 skal tolkes i samsvar med EFTartikkel 295.	18
4.3.2	Forståelsen av EØS artikkel 125 tolket i samsvar med EFT artikkel 295.	29
<u>5</u>	<u>SAMMENFATNING OG RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER.</u>	<u>44</u>
<u>6</u>	<u>EPILOG – KONSEKVENSENE AV DOMMEN FOR NORGE.</u>	<u>48</u>

<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>51</u>
<u>LOVSREGISTER</u>	<u>52</u>
<u>DOMSREGISTER</u>	<u>52</u>
<u>FORARBEIDER</u>	<u>52</u>
<u>ANDRE DOKUMENTER</u>	<u>53</u>

1 Innledning

1.1 Introduksjon til oppgaven og problemstillingen.

26.juni 2007 avsa EFTA-domstolen dom i den såkalte hjemfallssaken¹, hvor domstolen kom frem til at de omtvistede reglene i industrikonsesjonsloven² er i strid med EØS-avtalen³.

Denne saken var svært viktig for Norge. Det dreier seg om en naturressurs som det for staten er ønskelig å ha kontroll over av politiske og økonomiske grunner. Både i forkant og etterkant av dommen har det vært stort engasjement fra flere hold, mye følelsespreget. En av grunnene til dette engasjementet er at den opprinnelige forståelsen til Norge ved inngåelsen av EØS-avtalen var at hjemfallsretten falt utenfor avtalens område⁴. Forhandlingene forut for avtalen kunne ha blitt mye vanskeligere dersom det motsatte hadde vært tilfellet og dette hadde vært synlig for partene.

I sitt forsvar stod Norge ved sin opprinnelige forståelse og la frem som sin prinsipale anførsel at de omtvistede reglene ikke kunne være i strid med EØS-avtalen da de ikke lå innenfor dens område. Dette ble imidlertid avvist av EFTA-domstolen. Denne problemstillingen om EØS-avtalens saklige virkeområde er den første som blir drøftet i dommen og det er denne som skal behandles i oppgaven.

¹EFTAs overvåkningsorgan mot Norge, sak E-2/06

² Lov av 14.desember 1909 nr 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v.

³ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde undertegnet i Oporto 2. mai 1992, trådt i kraft 1.januar 1994

⁴ St.prp.nr.100 (1991-1992) side 200.

Denne problemstillingen og dens behandling er spesielt interessant da departementet etter at dommen ble avsagt forbeholdte seg retten til å være prinsipielt uenig med domstolens vurdering angående dette ⁵.

Ved å behandle denne problemstillingen i denne oppgaven kan man finne ut hvorfor resultatet ble som det ble og det er også interessant å vurdere hva som kunne ha vært gjort annerledes. I tillegg til dette er det flere andre spørsmål som melder seg. For det første er ett spørsmål hva det skyldes at Norge i 1992 kom frem til at de omtvistede reglene i industrikonsesjonsloven falt utenfor EØS-avtalens område mens EFTA-domstolen kom til det motsatte 14 år senere. Finnes det grunn til å tro at Norge tok feil i 1992 eller skyldes resultatet i EFTA-domstolen en utvikling som har skjedd etter undertegningen? Et annet spørsmål er om Norge kunne ha gjort noe annerledes før undertegning av avtalen for å unngå at de omtvistede reglene i industrikonsesjonsloven falt innenfor dens område. I tillegg er det interessant å se på om domstolens metodebruk og fremgangsmåte er påvirket av at dette er sak av stor politisk interesse og det dermed ligger mye press på den. Dette var også en viktig sak for EFTA-domstolen⁶. Til slutt er det også interessant å se på hva det betyr for Norge at EØS-avtalen setter juridiske rammer for utformingen av konsesjonslovgivningen til vannkraft.

Disse spørsmålene vil bli tatt opp underveis, men hovedstrukturen i oppgaven vil følge problemstillingen og dens behandling.

⁵ Ot.prp.nr. 81 (2007-2008) pkt. 6.2

⁶ Per Andreas Bjørgan, Niels Fenger og Peter Dyrberg EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis i 2005-2007, Lov og Rett 5-6 2008 side 273

1.2 Metode og materiale.

Oppgaven skal redegjøre for og analysere problemstillingen som dreier seg om EØS-avtalens saklige virkeområde og denne er nylig løst av EFTA-domstolen. Behandlingen ved domstolen danner grunnlaget for analysen. Denne skal også vurderes for å finne ut om noe kunne ha vært gjort annerledes.

For å behandle problemstillingen mest mulig grundig og finne hva som ligger bak domstolens drøftelse er det nødvendig å gjennomgå partenes anførsler slik de fremstår i prosesskrift og i sammenfatningen domstolen gjør i dommen. Prosesskriftene er viktige kilder for å finne partenes anførsler på grunn av at prosessen for EFTA-domstolen i all hovedsak er skriftlig vil. Det foreligger ett kort muntlig rettsmøte, hvor det kun gis en presentasjon av hovedpunktene og i tillegg har dommerne mulighet til å stille spørsmål dersom det foreligger særlig vanskelige punkter⁷. I denne saken foreligger det fire prosesskrift⁸. I tillegg vil anførsler fra den administrative prosedyren før Norge ble stevnet inn for domstolen bli brukt.

Norske forarbeider fra begynnelsen av 90-tallet er grunnlaget for å vite noe om den norske opprinnelige forståelsen av løsningen på problemstillingen.

EFTA-domstolens metode er basert på at EØS-avtalen er en folkerettslig avtale og tolkningen av den er følger reglene for traktattolkning som er gitt i 1969–Wien konvensjonen om tolkning av traktater. Det foreligger også spesielle regler om tolkning som gjelder i EØS-retten.

⁷ EØS-rett (2004) side 154

⁸ Application to the EFTA court in case E-2/06 fra ESA (stevning) , Statement of defence to the EFTA court in case E-2/06 fra Norge (tilsvar), Reply by the EFTA surveillance authority in case E-2/06 fra ESA (reply) og rejoinder to the EFTA court in case E-2/06 fra Norge (rejoinder)

1.3 Avgrensning og videre fremstilling.

Oppgaven selv gir en naturlig avgrensning mot de deler av dommen som ikke dreier seg om omfanget av EØS-avtalen. Dette betyr at behandlingen av artikkel 31 og 40, ordningens legitimitet og proporsjonalitet ikke skal behandles i denne oppgaven. Det er imidlertid slik at drøftelsen rundt omfanget av EØS-avtalen dreier seg mye om artikkel 125 og denne bestemmelsen brukes også senere i dommen, dette gjelder spesielt da det skal avgjøres om forskjellbehandlingen er legitim eller ikke. Denne drøftelsen vil i hovedsak ikke bli behandlet i oppgaven, konklusjon på den vil imidlertid bli nevnt i forbindelse med de konsekvenser dommen har hatt for de omtvistede reglene.

Den videre fremstilling i oppgaven vil begynne med å gi en presentasjon av saken i kapittel 2, både faktum og den faktiske bakgrunn, dette for å plassere problemstillingen. Deretter følger en fremstilling av Norges opprinnelige forståelse av forholdet mellom hjemfallsretten og EØS-avtalen i kapittel 3. Selve behandlingen av problemstillingen ved EFTA-domstolen kommer i kapittel 4. Her vil både partenes anførsler og domstolens drøftelse gjennomgå i forhold til de aktuelle spørsmål problemstillingen reiser. Dette er EØS-avtalens forhold til forvaltningen av naturressursene og EØS artikkel 125.

I tillegg inneholder oppgaven en epilog hvor det gis en fremstilling av hvordan resultatet i EFTA-domstolen har påvirket de omtvistede reglene. Dette for å vise resultatet av de rettslige rammer EØS-avtalen nå setter for konsesjonslovgivningen etter at det ble bestemt at reguleringen går under dens omfang.

Oppgaven gir således en presentasjon av problemstillingens behandling fra EØS-avtalens forhandlinger i 1991 til dom forelå i EFTA-domstolen i 2006, samt drøftelsen under arbeidet med endringsloven

2 Presentasjon av saken.

2.1 Faktum.

Hjemfallsdommen er en traktatbruddssak anlagt av EFTAs overvåkningsorgan (heretter ESA) mot Norge jfr. ODA-avtalen⁹ artikkel 31. Dommen gjelder lov av 14. desember 1917 nr. 16 om erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. (industrikonsesjonsloven). Etter denne loven kan det gis konsesjon til å benytte vannfall til kraftproduksjon. Alle aktører som ønsker å produsere vannkraft er underlagt disse reglene. Konsesjon til offentlige selskaper kan gis på ubegrenset tid så lenge allmenne hensyn ikke taler mot det. Når det gjelder private aktører kan det kun gis tidsbegrenset konsesjon på inntil seksti år. I tillegg er det et vilkår for konsesjon til private at de etter endt konsesjonsperiode skal avstå fra eiendomsretten til vannfallet og tilhørende installasjoner til staten, det er dette som kalles hjemfall. Hjemfall innebærer altså en avståelse av eiendomsretten og tilbakeføring av rådigheten til staten. Et selskap anses for å være offentlig når offentlige aktører eier mer enn 2/3 av aksjene i selskapet.

Hovedproblemstillingen i saken er om denne forskjellsbehandlingen av offentlige aktører på den ene side og private aktører på den andre er forenelig med den frie etableringsretten og fri flyt av kapital, hhv EØS-artikkel 31 og 40. Dette finner den at de ikke er.

EFTA-domstolen har i likhet med EF-domstolen hemmelige avstemninger¹⁰, det er derfor ikke mulig å vite om dommen er avsagt med dissens eller ikke.

⁹ Avtale mellom EFTA-statene (Republikken Island, Kongeriket Norge og Fyrstedømmet Liechtenstein) om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol, heretter ODA.

¹⁰ Rettergangsordningen for EFTA-domstolen artikkel 23. Anonym avstemning kan hjelpe dommere å stå imot politisk press fra hjemlandet, dette er spesielt viktig i saker som denne hvor det foreligger sterke nasjonale interesser.

Domstolens drøftelse er delt inn i fire underproblemstillinger. Hvor den begynner med å finne omfanget av EØS-avtalen og ser på om de omtvistede reglene ligger innenfor dette. Den finner som nevnt ovenfor at reglene er omfattet av avtalen.

Deretter ser den på diskrimineringsspørsmålet, hvor det konkluderes med at hjemfallsretten er indirekte diskriminerende. Grunnen til dette er at industrikonsesjonsloven reduserer verdien av privat og utenlandske investorers investeringer i vannkraft.

Videre behandles spørsmålet om den indirekte diskrimineringen er legitim. Offentlig kontroll med miljøhensyn og å sikre energiforsyning ble godtatt som målsetninger.

Det blir etter dette et spørsmål om disse hensynene ivaretas på en proporsjonal måte, dette finner domstolen at de norske reglene ikke gjør da andre midler kunne ha hatt samme virkning.

2.2 Faktisk bakgrunn.

Hjemfallsretten ble innført i Norge i 1909 ved den første hjemfallsloven, denne ble erstattet av industrikonsesjonsloven i 1917. Det ble gitt strenge konsesjonsvilkår for å styrke offentlig eierskap til landets vannkrafts ressurser. Grunnen til dette var at fossene i utgangspunktet er privateide og spekulanter kunne kjøpe vannfallsrettighetene for så å bygge kraftverk. I tillegg trengte Norge utenlandsk kapital for å kunne utnytte vannkraften. Derfor ble det bestemt at private aktører skulle få konsesjoner til kraftutbygging, men som et vilkår måtte kraftverkene hjemfalle til staten etter endt konsesjonsperiode på seksti år. Dette kan kalles nasjonalisering av vannkraften med seksti års varsel. Norges situasjon i dag er en ganske annen en da loven kom, men loven er imidlertid beholdt. Den var svært omdiskutert da den ble vedtatt og dens forhold til Grunnloven §105 var oppe i Høyesterett i 1918. Etter at Høyesterett avgjorde den saken har hjemfallsinstituttet levd videre med kun

små endringer. At det ikke er hjemfallsplikt for kommuner og fylkeskommuner er svært viktig for dem da kraftanleggene utgjør betydelige inntekter.

Ved inngåelsen av EØS-avtalen i 1992 påtok Norge seg forpliktelser som virker inn på norsk rett¹¹ hvilket skulle også virke inn på hjemfallsretten. Norges syn var på dette tidspunktet at hjemfallsinstituttet ikke var berørt av avtalen. Det var heller ikke noen av avtalepartene som stilte spørsmålstegn ved det. Dette skal det gjøres nærmere rede for nedenfor.

Etter undertegningen av avtalen i 1992 har den vokst i omfang. Hjemfallsretten stod imidlertid ubestridt frem til 2001, det var da ESA begynte å undersøke bestemmelsene og deres forhold til EØS-retten.

Før en sak kommer i gang ved EFTA-domstolen foreligger det en omfattende administrativ prosedyre. Av denne prosedyren skal kun de viktigste punkter gjennomgås her.

Korrespondansen mellom Norge og ESA i hjemfallssaken begynte med ett brev fra ESA den 8.mars 2001 hvor det ble bedt om informasjon om enkelte sider ved industrikonsesjonsloven. Svaret fra Norge, datert 20.april 2001, var ikke tilfredsstillende og et åpningsbrev¹² ble sendt fra ESA, 27. Juni 2007. Videre ble den grunngitte uttalelsen¹³ sendt 20.februar 2002. Dette marker slutten av den administrative prosedyre.

Saken ble etter dette utsatt en stund slik at Norge kunne utrede og prøve å finne en løsning på motstriden. Spørsmålet ble behandlet i NOU2004: 26 Hjemfall¹⁴, hvor to forskjellige

¹¹ Jfr. Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde mv. av 27.november 1992 nr. 109

¹² ”letter of formal notice”

¹³ ”Reasoned opinion” jfr. ODA art. 31, hvor formålet er å legge frem hva som er galt med gjeldende rett.

¹⁴ Olav Kolstad som utarbeidet den juridiske utredningen til hjemfallsutvalget kom frem til at de omtvistede reglene var omfattet av EØS-avtalen, vedlegg 3 til NOU2004:26 side 209 flg.

modeller ble vurdert for å erstatte hjemfallsretten. Det ble altså vurdert å forandre loven selv om Regjeringen fastholdte at EØS-avtalen egentlig ikke berørte hjemfallsretten. Ingen av disse modellene kunne ivareta hensynet til offentlig kontroll over vannfallsressursene like effektivt som gjeldende rett.

Hjemfallsretten er som nevnt viktig for Norge for å sikre bedre offentlig kontroll med utnyttelsen av vassdragsressursene, det var viktig å ha slik kontroll på grunn av at det er knyttet betydelige økonomiske verdier til disse ressursene. I tillegg må hensynet til miljøet tilgodeses. At reglene om hjemfall har virket etter sin hensikt vises ved at 88 % av vannkraften i dag er offentlig eid, disse eierne er kommuner, fylkeskommuner eller staten gjennom Statkraft. Dette betyr at det er svært liten prosentandel av de som driver med vannkraft som blir rammet av de omtvistede reglene i denne saken.

Dermed ble det bestemt i april 2006 etter regjeringsskiftet at hjemfallsinstituttet skulle bestå. ESA's krav om forandringer ble avslått og industrikonsesjonsloven måtte følgelig forsvares for EFTA-domstolen da ESA stevnet Norge inn for domstolen den 31.juli 2006.

3 Norges opprinnelige forståelse av forholdet mellom hjemfallsretten og EØS-avtalen.

På begynnelsen av 90-tallet konkluderte Regjeringen med at ”den del av konsesjonslovgivningen som gjelder ressursforvaltningen, berøres ikke av EØS-avtalen”¹⁵. Den fant videre at det sterke offentlige eierskapet kunne opprettholdes og det samme gjaldt statens forkjøpsrett ved erverv av eiendomsrett til vannfall. I tillegg nevnes hjemfall til

¹⁵ St.prp.nr.100 (1991-1992) side 200

staten ved konsesjonstidens utløp, bestemmelsene om statlig forkjøpsrett og hjemfall ved aksjeoverdragelse. Det er dette som blir kalt hovedtrekkene i konsesjonslovgivningen¹⁶.

Andre bestemmelser i industrikonsesjonsloven var derimot ikke en del av den eiendomsrettslige ordningen og proposisjonen fant derfor at forskjellsbehandlingen av nasjonale private aktører på den ene siden og utenlandske på den andre etter dette å være uforenelig med EØS-avtalen og disse bestemmelsene måtte følgelig forandres¹⁷.

Dette gjaldt bestemmelsen om at leieretten. Den kunne ikke lenger reserveres for norske statsborgere eller norske selskap, med kun norske styremedlemmer. Reservasjonen om at kun norske statsborgere kunne få konsesjon uten vilkår til å utnytte vannkraft på egen eiendom ble forandret. I tillegg ble regelen om at kun norske selskaper med sete i Norge og med styre hvor flertallet er norske statsborgere kunne ha eiendomsrett til vannfall fjernet. Unntaket fra konsesjonsplikt for arv, skifte og odelsløsning for norske statsborgere ble også fjernet. Om disse bestemmelsene sies det at de hadde liten praktisk betydning og at de ikke samsvarte med målet om en mer markedsbasert kraftomsetning¹⁸.

”Forbudet mot forskjellsbehandling grunnet nasjonalitet innebærer at interessenter i andre EØS land vil stille på lik linje med norske interesser ved erverv av fallrettigheter, bruksrettigheter og utbygde vannfall i Norge”¹⁹. Men det sies videre at en slik adgang vil være sterkt begrenset på grunn av statens forkjøpsrett- og hjemfallsrett og ved de alminnelige krav til forvaltningen av vannkraftressursene²⁰. Det som sies her viser at de omtvistede reglene representerer hindringer for utenlandske aktører til å komme inn på det

¹⁶ St.prp.nr.100 side 200

¹⁷ l.c

¹⁸ Ot.prp.nr.82 (1991-1992) pkt. 5.2.2 Vannkraftsektoren

¹⁹ St.prp.nr.100 side 201

²⁰ l.c

norske vannkraft markedet. Det blir igjen gjentatt at disse reglene ikke er berørt av EØS-avtalen.

De bestemmelser som ble fjernet forandret altså ikke noe ved selve hjemfallsinstituttet og den forskjellsbehandling Regjeringen fremholdte at hørte til under denne. Det er bare konsesjonsvilkår som rammet private aktører som ble forandret. Etter disse forandringene var det kun forskjellsbehandling mellom private aktører på den ene side og offentlige på den andre som stod igjen.

Viktigheten av de omtvistede reglene blir også nevnt ved gjennomføringen av avtalen. Hensyn bak reglene ble vurdert av Olje og Energi Departementet slik ”Hjemfallsinstituttet er en av grunnpilarene vårt konsesjonssystem for kraftutbygging og bidrar til at staten kan føre kontroll med utnyttelsen av landets vassdragsressurser. Et hjemfall gir staten muligheter for å vurdere om nåværende bruk bør forlenges, endres eller om kraften bør omdisponeres. Videre tilføres staten og kommunene økonomiske verdier ved et hjemfall. Dette må ses i sammenheng med at vannfall er en begrenset naturressurs, hvor investeringer for å utnytte ressursen kan gi avkastning ut over normal avkastning, såkalt grunnrente. Hjemfallsinstituttet bidrar til at deler av disse verdiene tilfaller fellesskapet”²¹.

Til slutt skal det sies at da Norge så på forholdet mellom EØS-avtalen og energilovgivningen ble det konkludert med at Romatraktaten ikke omfatter energipolitikk, men at flere av dens bestemmelser kan komme til anvendelse på dette området²². Det ble her drøftet hvilke områder som kom til å bli berørt av avtalen og hva som eventuelt måtte forandres ved dens gjennomføring. Regjeringen var videre klar over at EØS-avtalen kunne få større konsekvenser for energi sektoren enn det som ble forandret ved gjennomføringen.

²¹ Ot.prp.nr.70 (1992-1993) side 6

²² Ot.prp.nr.82 (1991-1992) Pkt. 5.2

4 Behandlingen av problemstillingen ved EFTA-domstolen.

4.1 Innledning

Det er omfanget av EØS-avtalens i forhold til konsesjonslovgivningen til å drive vannkraft som behandles. Avtalens generelle omfang bestemmes i hovedsak av dens hovedformål som er å utvide EUs indre marked til å omfatte EFTA-statene. De skal kunne delta i dette uten å være med på det politiske samarbeidet i EU. Avtalen skal med dette styrke det økonomiske samarbeidet mellom partene²³ og det skal foreligge like konkurranse vilkår. De fire grunnleggende friheter er midler for å oppnå dette målet. Disse er fritt varebytte og fri bevegelse for personer, kapital og tjenester²⁴. I tillegg foreligger det fri etableringsrett for alle borgere i EØS-land. Det meste i EØS-retten er offentlig regulering av næringsdrift og markedsbetingelser²⁵. Utgangspunktet for drøftelsen om de omtvistede reglene er omfattet av EØS-avtalen er at avtalens generelle virkeområde omfatter økonomisk aktivitet i sin helhet. Det er ikke gitt at EØS-avtalen skal omhandle spesielle sektorer²⁶, den er ikke positivt avgrenset, dersom en økonomisk aktivitet ikke er omfattet av avtalen må den være eksplisitt unntatt.

I saken blir det derfor et spørsmål om det finnes omstendigheter ved hjemfallsretten som kan unnta den fra EØS-avtalens saklige virkeområde. Norge anfører i brev av 21. november 2001 at forvaltningen av naturressursene ikke hører hjemme under avtalens område. I tillegg unntar EØS artikkel 125 de omtvistede reglene fra dens område.

²³ EØS artikkel 1(1)

²⁴ EØS artikkel 1(2)

²⁵ EØS-rett (2004) side 95

²⁶ Arnesen, Finn, Regulerer EØS-avtalen den norske stats utnyttelse av petroleumsforekomster? Lov og Rett 1996 Side 432

Spørsmålet om reguleringen og utnyttelsen av naturressurser er omfattet av EØS-avtalen ble drøftet i den administrative prosedyre og grundig gjennomgått av ESA i det første prosessskiftet det fortjener derfor en separat behandling her. For domstolen er det EØS artikkel 125 som er mest sentral.

4.2 Forholdet mellom EØS-avtalen og statenes forvaltning av naturressursene.

Det som skal gjennomgås er Norges oppfatning slik den ble presentert under den administrative prosedyren samt ESAs svar på dette i prosesskrift og EFTA-domstolens drøftelse. Denne anførselen var ikke fremtredende ved Norges prosedyre, det var mer flettet inn i drøftelsen av EØS artikkel 125.

Behandlingen skal deles inn i to, dette følger Norges argumentasjon. Det blir først hevdet at forvaltningen av naturressursene i sin helhet faller utenfor avtalens omfang. Deretter blir det fremholdt at de omtvistede reglene er en integrert del av forvaltningen av naturressursene.

4.2.1 Generelt om omfanget av avtalen og forvaltningen av naturressursene.

4.2.1.1 Partenes anførsler.

I brev av 28.november 2001 fremholder Norge at forvaltningen og kontrollen over naturressursene faller utenfor EØS-avtalens område. Grunnlaget det anføres for dette er folkerettens miljørettslige prinsipp om at stater har suverenitet over naturressursene. Prinsippet anses som internasjonal sedvanerett hvilket betyr at det er bindende for alle stater²⁷. I brevet vises det blant annet til UN Charter of Economic Rights and Duties of

²⁷ Dette er bekreftet av the International Court of Justice i innstillingen til “The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”.

States Artikkel 2 som sier at statene skal ha full suverenitet over bruken av naturressursene. Prinsippets innhold er at suverenitet over naturressursene gir stater frihet til å utføre eller autorisere valgte aktiviteter innenfor sitt territorium²⁸. Autoriseringen av valgte aktiviteter kan for eksempel være konsesjoner.

I brevet ble det videre fremlagt at prinsippet ikke skulle bli berørt av EØS-avtalen, heller det motsatte. Norges argumentasjon kan se ut til å være tynn da det påstås at dette var en felles forståelse mellom de kontraherende parter, men det vises kun til parlamentarisk behandling innad i Norge. Det legges ikke frem bevis for at dette ble diskutert med de andre partene. Det er imidlertid slik at dette tidligere ikke har vært omtvistet, noe Norge mener er bevis for partenes standpunkt. I sin intervensjon støtter Island denne konklusjonen.

I tillegg vises det til formålet med EØS-avtalen. Virkemidlene for å oppnå disse målene nevnes. Naturressursene ikke en del av dette, forvaltningen av dem kan ha en økonomisk side, men det betyr ikke at avgjørelser angående dette skal formes innenfor rammene av de grunnleggende regler.

Prinsippet om suverenitet over naturressursene blir sett på som svært viktig for stater og blir derfor ofte nevnt i internasjonale avtaler og understreket i forhandlinger²⁹. En kan spørre seg om hvorfor dette ikke er eksplisitt nevnt i forhold til EØS-avtalen. Dersom det var viktig for Norge å holde dette utenfor kunne det ha vært nevnt i protokoll eller for eksempel i en selvstendig erklæring.

ESA³⁰ på sin side legger frem at Norge og Islands konklusjon angående naturressursene er for absolutt, det må trekkes en grense mellom de områder som ikke er regulert av avtalen

²⁸ Sands, Philipp, Principles of International Environmental Law side 236

²⁹ Sands, Philipp, Principles of International Environmental Law side 236

³⁰ Dette behandles i stevningen premiss 78 flg.

og de som er eksplisitt unntatt. Dersom et område ikke er regulert av avtalen må uansett bestemmelser om utøvelse være forenelig med EØS-retten. Her vises det også til rettspraksis fra EFTA-domstolen. Som eksempel nevnes sak E-1/03 EFTAs overvåkningsorgan mot Island hvor domstolen sier at som en generell regel er ikke skattesystemet omfattet av EØS-avtalen, men statene må utforme skattesystemet innenfor dens rammer.

Hvorvidt og hvordan en naturressurs skal utnyttes er opp til hver enkelt stat å bestemme, det er altså opp til Norge å bestemme om ett vannfall skal utnyttes til kraftproduksjon. Utnyttelsen av en naturressurs og den økonomiske aktiviteten dette innebærer kan ikke unntas fra EØS-avtalens generelle prinsipper om ikke-diskriminering. ESA fortsetter med at Norges syn på dette ville ha ført til at en rekke økonomiske aktiviteter som dreier seg om utnyttelse av naturressurser ville ha vært unntatt fra EØS-avtalen.

ESA viser også til Artikkel 73 (1)c som ett argument for at det omfattes. Jeg kan ikke se at forholdet til denne bestemmelsen kommenteres av Norge. Bestemmelsen sier at et formål med partenes virksomhet på miljøområdet er ”å sikre en forsiktig og fornuftig utnyttelse av naturressursene”. Prinsippet om suverenitet over naturressurser gjelder ikke uten grenser, det er også et behov for å samarbeide for å beskytte miljøet. Dette kan EØS artikkel 73 ses som et utslag av. Det finnes ikke bestemmelser som unntar naturressursene fra EØS artiklene 31 og 40. I tillegg er målet om fornuftig utnyttelse av naturressursene nevnt i EØS-avtalens fortale pkt 9.

Videre under drøftelsen om naturressursene trekker ESA frem sak Kommisjonen mot Frankrike³¹ som dreier seg om energi sektoren hvor EF-domstolen fant at EF artikkel 295 ikke kunne unnta bestemmelser fra traktatens generelle prinsipper. Denne dommen blir nærmere omtalt nedenfor. Som økonomisk sektor ble elektrisitet også omhandlet i sak 6/64

³¹ Sak C-483/99 Kommisjonen mot Frankrike[2002] ECR I-4781

Costa v. Enel. Produksjon av vannkraft er en del av energimarkedet, reguleringen av denne berører den økonomiske aktiviteten innen EØS som kan få betydning for det indre markedet. EØS-avtalen inneholder ikke en bestemmelse som unntar vannkraft spesielt eller ressursforvaltningen generelt fra dens omfang³².

4.2.1.2 Domstolens drøftelse og konklusjon.

Under spørsmålet om de omtvistede reglene er omfattet av EØS-avtalen går domstolen rett på EØS artikkel 125. Under sin drøftelse av denne tar den opp forholdet mellom statenes forvaltning av naturressursene og EØS-avtalen. Konklusjonen er at dette området er omfattet. Dette kommer den frem til at det ikke gjør da regulering av naturressurser ikke er unntatt fra EØS-avtalen, som et eksempel på det motsatte vises det til EØS artikkel 73(1)c. Denne konklusjonen betyr at dersom det er bestemt at en naturressurs skal utnyttes må virkemidlene utformes innenfor rammene av EØS-avtalens grunnleggende prinsipper. EFTA-domstolen går ikke nærmere inn og kommenterer dette. Forskjellen mellom at et område er regulert av avtalen eller er unntatt fra dens område nevnes heller ikke.

Kolstad behandler også dette spørsmålet. Han finner at "[d]ersom avtalepartene først tar den avgjørelse at naturressursene skal utnyttes, det være seg petroleumsforekomster, vannfall eller andre naturressurser, og gir andre aktører enn staten en rolle i utnyttelsen, vil EØS-avtalen regulere statens handlingsrom i den videre utforming av det regime som gjelder utnyttelsen av ressursene"³³. For å komme frem til dette ser også han avtalens generelle virkeområde. Videre følges avtalens ordlyd samt rettspraksis som sier at kraft er en vare. I tillegg viser han til at ressursforvaltningen er blitt regulert gjennom sekundærlovgivningen i EF. Dette ligner svært på ESAs argumentasjon, og løsningen har gode grunner for seg.

³² "Reasoned opinion" Brev av 20 Februar 2002 fra ESA punkt 24

³³ Kolstad, EØS-rettslig vurdering av hjemfallsinstituttet side 213

Det ser ikke ut til at noe har forandret seg mellom undertegning av avtalen og EFTA-domstolens dom, med unntak av at de direktivene Kolstad viser til som har kommet til i ettertid. Avtalens generelle virkeområde var imidlertid ikke annerledes. Dette kan tolkes dit hen at ressursforvaltningen var omfattet på samme måte i 1992 også. Statene kan i utgangspunktet råde over naturressursene slik de måtte ønske, men når de har valgt utnyttelse må dette gjøres på en måte som er forenelig med EØS-avtalen. En kan kanskje se på de omtvistede reglene i denne saken slik at de hører under selve valget om et vannfall skal utnyttes til vannkraft. Ved hjemfall har staten valget om å la bruken fortsette eller omdisponere.

Nedenfor skal prinsippet om suverenitet over naturressursene behandles i forhold til selvstendig tolkning av EØS artikkel 125.

4.2.2 De omtvistede reglene som en integrert del av ressursforvaltningen.

Dette handler om hvordan reglene i industrikonsesjonsloven forholder seg til prinsippet om suverenitet over naturressursene, når Norge allerede har konkludert med at statene har full suverenitet over naturressursene. Det fremlegges av Norge i brevet³⁴ at de omtvistede reglene må ses på som en integrert del av en politikk som skal sikre statlig eierskap og kontroll. De skal altså høre under ”ressursforvaltningen”.

De prinsipper forvaltningen av vannfallressursene bygger på er ikke omfattet av avtalen fremlegges det i brevet. Disse prinsippene er videre forsiktig bruk av vannkraft kapasiteten, utnyttelse av vannressursene til andre ting enn vannkraft, beskyttelse av vannfall fra vannkraftutbygging og annet, statlig forvaltning og kontroll og offentlig eierskap. Kravet om konsesjon er ett virkemiddel for å nå disse målene.

³⁴ Brev av 21.november 2001 fra Norge side 7

Under behandlingen av dette spørsmålet konkluderer Kolstad med at "[d]e virkemidler staten benytter kan ikke sies å falle utenfor EØS-avtalen fordi de er en "integrert" del av statens suverenitet over egne naturressurser".

Det er flere plasser hvor synet på hvordan de omtvistede reglene forholder seg til selve hjemfallsinstituttet som er forskjellen mellom Norges syn og det som blir lagt frem av ESA og domstolen.

4.3 EØS artikkel 125.

Ifølge EØS artikkel 125 skal EØS-avtalen "ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten". Hjemfallsretten er en eiendomsrettslig ordning som har til mål å sikre statlig kontroll over vannfallsressursene ved offentlig eierskap til vannkraftsressursene.

EØS artikkel 125 befinner seg i avtalens hoveddel under Del IX "alminnelige bestemmelser og sluttbestemmelser". Den har sitt fellesskapsrettslige motstykke i EF-traktatens³⁵ artikkel 295³⁶. Dette er første gang EFTA-domstolen behandler EØS artikkel 125. Det finnes dermed ikke egen rettspraksis fra domstolen om tolkningen av den.

Spørsmålet som EFTA-domstolen skal besvare er om EØS artikkel 125 er til hinder for anvendelse av avtalens regler på bestemmelsene i industrikonsesjonsloven.

³⁵ Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap, Romatraktaten, EFT.

³⁶ Bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel er i all hovedsak kopiert ordrett fra EF-traktaten og dens regulering av det indre marked, dette for å oppnå mest mulig harmonisering. Eneste forskjell mellom EF artikkel 295 og EØS artikkel 125 er at medlemsstatene er byttet ut med partene og traktaten er byttet med avtalen.

Denne delen av oppgaven vil bli delt i to underliggende spørsmål. Det første spørsmålet er om EØS artikkel 125 skal tolkes i samsvar med EFT artikkel 295. Det neste er hvordan EØS artikkel 125 skal forstås ved ensartet tolkning med EFT artikkel 295.

Argumentet om at EØS artikkel 125 må behandles selvstendig ble i Norges prosedyre behandlet subsidiært. Den prinsipale anførselen var at ensartet tolkning med EF artikkel 295 førte til at hjemfallsretten falt utenfor EØS-avtalen.

4.3.1 Spørsmålet om EØS artikkel 125 skal tolkes i samsvar med EFT artikkel 295.

4.3.1.1 Oversikt

Det først spørsmålet er om EØS artikkel 125 skal gis en selvstendig behandling eller om den skal tolkes i samsvar med EF-traktaten artikkel 295 samt foreliggende praksis rundt denne fra EF-domstolen. Her blir det av partene reist en rekke tolkningsspørsmål.

Utgangspunktet for partene og domstolen er homogenitetsmålsetningen som er kommet til uttrykk i EØS artikkel 1 og fortalens pkt. 6, der sies det at EØS skal være et ensartet juridisk område der aktørene opptrer under de samme rettslige rammebetingelser³⁷. Dette ønsket om en harmonisk og parallell rettsutvikling er ett grunnleggende rettskildeprinsipp i EØS-retten. Innholdet i homogenitetsmålsetningen er at bestemmelser skal tolkes likt i hele EØS området og tolkes ensartet med den underliggende EU retten. I tillegg skal reglene håndheves og praktiseres på samme måte³⁸. Hvilket tilsier at det skal mye til for at en bestemmelse i EØS-avtalen skal tolkes annerledes enn motstykket i EF traktaten.

³⁷ Ole Gjems-Onstad side 39

³⁸ EØS-rett (2004) side 84

Virkemidler for å oppnå harmonisering finnes i EØS-avtalens artikkel 6 og ODA-avtalens art.3 (1) som sier at bestemmelsene skal så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i EF-retten, fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser EF-domstolen har truffet før undertegningen av EØS-avtalen. Dette betyr at rettspraksis fra EF-domstolen som er falt før 2.mai 1992 er bindende ved tolkningen. Begrunnelsen for å sette dette skjæringstidspunktet var at man av prinsipielle grunner ikke ønsket å binde seg til den rettsskapende virksomheten til ett organ som hører under en av avtale partene³⁹. ”Målsettingen om ensartethet tilsier likevel bl.a at EFTA-domstolen og EF-domstolen så langt mulig gjensidig legger vekt på hverandres avgjørelser også etter undertegningstidspunktet”⁴⁰. I tillegg er det slik at EU-retten er svært dynamisk og det vil det være lite hensiktsmessig og rettsteknisk umulig å låse EØS-rettens innhold til dette tidspunktet⁴¹. Det er også viktig for EFTA-landene å være med på den dynamiske utviklingen i EU så langt det går. Derfor er det bestemt at når det gjelder rettspraksis etter 2.mai 1992 skal det tas ”tilbørlig hensyn” til denne⁴². EFTA-domstolens praksis viser imidlertid at skillet sjeldent problematiseres.

I rettspraksis er det opprettet et krav om ”spesielle omstendigheter” dersom en bestemmelse skal tolkes selvstendig jfr. Rainford-Towning⁴³.

4.3.1.2 Partenes anførsler.

³⁹ St.prp.nr.100 (1991-1992) om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen punkt 8.2.6

⁴⁰ l.c

⁴¹ EØS-rett (2004) side 84

⁴² ODA-avtalens artikkel 3(2)

⁴³ Sak E-3/98 Ct.Rep.205

Selvstendig tolkning beror i følge Norge på at EØS er ment å være noe helt annet enn EU samarbeidet. Dette var Island enig i og fremhevet i sin intervensjon at EØS artikkel 125 ikke burde tolkes like snevert som EF artikkel 295. Det fremlegges at dersom artikkelen skal tolkes selvstendig må den ses på som en kodifisering av prinsippet om statenes suverenitet over naturressursene. I tillegg blir det lagt frem av Norge at det ikke er nødvendig å ta opp om artikkelen skal tolkes selvstendig da domstolen kan følge den eksplisitt uttalte forståelsen til Norge⁴⁴.

Det kan utledes fra Norges forsvar at de mener at det foreligger fire grunner til at EØS artikkel 125 skal tolkes selvstendig, disse skal utgjøre ”spesielle omstendigheter”. ESA på sin side avfører alle argumentene Norge kommer med og er av den oppfatning at det ikke foreligger grunnlag for selvstendig tolkning.

For det første gjør Norge gjeldende at det er mindre behov for homogenitet ved tolkning av rekkevidden og de ytre grensene til EØS-avtalen enn når det dreier seg om sentrale områder som helt sikkert er omfattet av avtalen. Det fremlegges at det ikke er av betydning at det kan få konsekvenser for markedet, nesten all rettslig regulering kan få konsekvenser for markedet. ESAs svar på dette er at om man befinner seg i periferien eller i sentrale deler av EØS-avtalen er ikke av betydning så lenge de aktuelle reglene er omfattet av den⁴⁵. ESA er også uenig i at saken befinner seg i periferien da det dreier seg om retten til fri etablering og fri kapital bevegelse. Forsvaret viser da til rettspraksis fra EF-domstolen som tyder på at det skilles mellom ulike typer reguleringer når det gjelder tolkning⁴⁶. Det vises til Keck saken.

Artikkelen er ikke avgrenset til en sektor eller ett område og det kan derfor få vidtrekkende konsekvenser dersom den gis for vidt bruksområde. Ved å se på Rainford-Towning som

⁴⁴ Tilsvare premiss 246

⁴⁵ Reply premiss 9

⁴⁶ Rejoinder premiss 53.

dreier det seg om direkte tolkningen av en av de fire friheter, etableringsretten, en viktig bestemmelse for at det indre markedet skal fungere, finner man at det er en forskjell på hvilke bestemmelser som skal tolkes. EØS artikkel 125 dreier seg om et mer om ytre områder som ligger litt mer i periferien.

For det andre blir det lagt frem av forsvaret at det må legges mer vekt på den opprinnelige uttrykte forståelsen til partene ved tolkningen av EØS-avtalens ytre grenser⁴⁷. I prosesskriftene blir dette drøftet inngående. Som nevnt ovenfor ble det i forarbeider konkludert både ved forhandlingene og gjennomføringen med at EØS-avtalen ikke omfattet den grunnleggende strukturen i industrikonsesjonsloven. Norge fremholder at denne oppfatningen må ha blitt kommunisert til de andre partene og at denne forståelsen må ha relevans. Det skilles her mellom at oppfatningen har relevans og hvilken vekt den skal tillegges⁴⁸.

Det er ikke noe som tilsier at oppfatningen ble uttrykkelig adressert ved inngåelsen av avtalen, men det faktum at Norge gjorde forandringer i noen bestemmelser kan tilsi at de andre partene var klar over den oppfatning Norge hadde.

ESA på den andre side finner at Norges parlamentariske behandling av spørsmålet er uten relevans som rettslig kilde⁴⁹. De viser her til *Deutsche Bakels*⁵⁰, hvor EF-domstolen sier at en slik forståelse ikke er en bindende kilde. For å være bindende må en forståelse være akseptert av alle parter med i EØS-samarbeidet og uttrykkelig adressert. Det ESA ikke går inn på her er at selv om en kilde ikke er bindende kan den ha relevans. Norges forståelse kan for eksempel brukes som et moment i den avveining som her skal foretas under kravet om ”spesielle omstendigheter”. Dersom den hadde vært uttrykkelig adressert vil

⁴⁷ Tilsvare premiss 246

⁴⁸ Tilsvare premiss 243-244

⁴⁹ Stevning premiss 86 flg.

⁵⁰ sak 14/70 [1970] ECR premiss 191

oppfatningen kunne ha hatt større vekt. I tillegg er det slik at selv om temaet ikke ble uttrykkelig adressert er det mulig at hjemfallsretten ble stilleteiende akseptert av de andre partene.

Når det gjelder Norges utsagn om at det aldri ble godtatt de omtvistede reglene var omfattet av avtalen sier ESA at dette ikke er rettslig holdbart. Det minnes om at EØS retten er en egen rettsorden og at regjeringens uttalelser kun er egne antagelser. Dette er en risiko som de må stå for selv.

ESA viser i tillegg til at Norge tidligere har måttet forandre bestemmelser som ved inngåelsen av EØS-avtalen ble ansett for å være i samsvar med denne. ESA mener at dette betyr at Norge anså området for å gå under avtalen. Norges svar på dette er at det er et skille mellom hjemfallsinstituttet som sådan hvor de omstridte reglene hører hjemme og de regler som gjelder for privat eierskap og deres mulighet til å eie vannkraftverk. ESA legger frem at det ikke finnes grunnlag for et slikt skille i EØS-avtalen⁵¹.

Det ble heller ikke nevnt av de kontraherende parter, dette er nok grunnen til at det ikke ble laget en deklarasjon eller en protokoll om emnet⁵². Hadde det vært nevnt slik det ligger i dag ville det kanskje ha vært vanskelig å få det flertall som kreves i Stortinget for å ratifisere avtalen⁵³. ESAs svar på dette er det ikke finnes grunnlag for en slik påstand i de aktuelle dokumenter, de viser kun regjeringens egne antakelser om EØS-avtalens omfang⁵⁴.

Som et tredje moment legger Norge frem at prinsippet om suverenitet over naturressurser betyr mer ved tolkningen av avtalens ytre grense. Ved begynnelsen av den administrative prosedyren mellom Norge og ESA holdte Norge fast på det standpunkt de hadde ved

⁵¹ Reply premiss 16

⁵² Rejoinder premiss 54

⁵³ Rejoinder premiss 54

⁵⁴ Reply premiss 12

avtaleinngåelsen, det at naturressurser ikke er omfattet av EØS-avtalen. Her blir det imidlertid kun brukt som et argument for selvstendig tolkning, det blir ikke hevdet at området faller utenfor EØS-avtalen.

I stevningen fra ESA behandles kun spørsmålet om naturressurser er omfattet av og ESA går egentlig ikke inn på spørsmålet om selvstendig tolkning, men når det gjelder en spesiell forståelse av naturressursene i forhold til avtalens ytre grenser har vel ESA samme standpunkt som over. Altså at så lenge bestemmelsene er omfattet av avtalen så gjelder det ikke noen særbehandling.

Til slutt fremholder forsvaret at siden saken dreier seg om vitale nasjonale interesser må EØS artikkel 125 tolkes selvstendig. I tillegg er hjemfallsretten unik for Norge, det finnes ikke tilsvarende system i andre EØS land. Dette mener Norge bør tilsi en selvstendig behandling. ESA på sin side mener at dette ikke kan ha betydning. Det har heller ikke relevans at Norges system er bygget på at fossene i utgangspunktet er privateide.

Kan ikke se at det vises til rettslige holdepunkter i EØS-retten for dette. Det er imidlertid slik at EFTA-domstolen skal finne frem til et tolkningsresultat som også kan benyttes i andre saker. Det ville ha gitt lav forutberegnelighet dersom en stat kan påberope seg selvstendig behandling hvor saken er spesiell og unik for denne. På den andre siden kan det fremholdes at en egen tolkning er nødvendig når lignende sak ikke har vært opp i domstolen tidligere. Det er også slik at kravet om ”spesielle omstendigheter” ser ut til å vise til en helhetsvurdering og da er slike argumenter relevante.

I tillegg til disse punktene viser Norge til at Hjemfallsretten har en lang historie og skal som vist ovenfor beskytte viktige verdier. Det er derfor også nevnt av forsvaret at det må legges vekt på at de omtvistede reglene er nesten hundre år gamle og at de har vært gode virkemidler for å nå målet om offentlig kontroll over vannkraft ressursene. ESA legger frem at det ikke har betydning under EØS-retten hvorvidt en regel er gammel eller ikke. Det kan ikke være av betydning om effekten av en regel har vist seg eller ikke, dette ville

ha ledet til rettslig forskjellsbehandling. Her kan også forutberegneligheten anføres som et motargument.

Ved gjennomgangen av partenes anførsler er det tydelig at det forligger forskjellige forestillinger om hva som er relevant å ta i betraktning når EØS-avtalen skal tolkes. Om dette er grunnet grunnleggende forskjellig forestilling om EØS-avtalens rettslige karakter vites ikke.

4.3.1.3 Domstolens drøftelse og konklusjon.

Konklusjonen EFTA-domstolen kommer frem til er at EØS artikkel 125 ikke skal gis en selvstendig behandling, tolkningen skal ta hensyn til den rettspraksis som foreligger fra EF-domstolen etter 2.mai 1992.

For å komme frem til denne konklusjonen konstanteres det først at ordlyden er lik og at homogenitetsmålsetningen tilsier ensartet tolkning av de to bestemmelsene. EFTA-domstolen har siden den første dommen den behandlet vært nøye med å følge denne målsetningen⁵⁵. Selv om hensynet til ensartet tolkning er viktig går også domstolen inn på at det foreligger visse forskjeller i formål og omfang mellom EØS-avtalen og EU medlemskap som kan tilsi selvstendig tolkning. Forskjeller som kan være verd å nevne er for det første forskjellig formål for EU og EØS. For EU er det indre marked et virkemiddel for å få større integrasjon og felles politikk på en rekke områder. Men for EØS samarbeidet er deltakelse på det indre marked selve målet. Det er et spenningsmoment iboende i EØS-avtalen at den har bestemmelser som har lik eller tilnærmet lik ordlyd når formålet er ulikt⁵⁶. Tidligere praksis har som vist ovenfor at disse forskjellene kan få betydning for tolkningen.

⁵⁵ Sven Norberg, 2007 side 298, det vises til Case E-1/94 Restamark (1994) EFTA Ct. Rep. 15.

⁵⁶ Ole Gjems-Onstad side 41

Dommen som det ble vist til ovenfor og som EFTA-domstolen trekker frem her er Rainford-Towning⁵⁷. Problemstillingen i saken var om regler som påla direktører i selskaper å bo i Lichtenstein var en restriksjon i den frie etableringsretten jfr. EØS artikkel 31. Domstolen besvarte dette bekreftende ved at reglene var indirekte diskriminerende. Det ble i denne saken påstått at rettspraksis fra EF-domstolen ikke hadde direkte relevans ved tolkningen av EØS artikkel 31. Domstolen fant at rettspraksis kunne anvendes da det må foreligge ”spesielle omstendigheter” dersom to identiske bestemmelser ikke skal tolkes ensartet. Dersom slike omstendigheter ikke foreligger må målet om homogenitet gå foran⁵⁸.

Det utdypes ikke hva som ligger i spesielle omstendigheter eller hvor mye som skal til for at slike omstendigheter foreligger. Det virker imidlertid som om det stilles veldig høye krav, dette er særlig tydelig når man ser at EFTA-domstolen normalt følger målet om ensartet tolkning. I Rainford-Towning saken vises det til en annen sak fra EFTA-domstolen, Maglite⁵⁹, hvor det ble besluttet selvstendig tolkning. I denne saken gjaldt det konsumpsjon av varemerkerettigheter. Denne saken gikk inn på essensielle forskjeller mellom EU og EØS, tollunion og friheten til å binde seg gjennom traktater. Det kan utledes fra dette at det skal mye til for og nå frem her.

Det første spørsmålet som blir behandlet er om Norges forståelse under EØS-avtalens forhandlinger og den etterfølgende parlamentariske praksis kan utgjøre slike spesielle omstendigheter. Domstolen avfører dette med at dette kun er ensidige erklæringer og at de derfor ikke kan utgjøre slike omstendigheter⁶⁰. Det er usikkert om EFTA-domstolen mener at disse erklæringene er uten vekt på grunn av at de ikke ble offisielt fremsatt ved

⁵⁷ Sak E-3/98 Ct.Rep.205

⁵⁸ E-3/98 Rainford-Towning Premiss 21

⁵⁹ E-2/97 Mag Instrument Inc. v California Trading Company Norway, Ulsteen [1997] EFTA Court Report 127 se særlig premiss

⁶⁰ E-2/06 ESA mot Norge premiss 59

forhandlingene eller om slike utsagn er uten relevans i det hele tatt i EØS sammenheng. Domstolen ser verken på det som ble sagt under forhandlingene eller etterfølgende praksis, det gjøres ingen forskjell.

Ørebech⁶¹ mener at EFTA-domstolen tar en lettvint vei her, da det ikke begrunnes hvorfor disse erklæringene er uten vekt. Kolstad⁶² uttrykker i sin utredning for hjemfallsutvalget at det er usikkert om slike erklæringer som ikke ble uttrykkelig adressert har noen relevans for EFTA-domstolen.

Når det gjelder etterfølgende praksis er det fastslått i folkeretten, 1969-Wien konvensjonen⁶³ artikkel 31 (3)(b) at "any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation" kan anses som relevant. Hvilket betyr at statspraksis som er kjent hos den annen part og som blir stilleteiende anerkjent må anses som tilkjennegivelse av partenes oppfatning om traktatens innhold. Dette blir ikke problematisert av EFTA-domstolen i denne saken. I forbindelse med gjennomføringen av avtalen tok Norge opp forholdet mellom hjemfallsretten og EØS-retten. Norge forandret som nevnt flere bestemmelser som forskjellsbehandlet utenlandske aktører i industrikonsesjonsloven ved gjennomføringen av avtalen. Dette kan tilsi at de andre parter var kjent med Norges oppfatning av at forskjellsbehandlingen mellom private og offentlige aktører falt utenfor avtalens område.

Betyr dette at EFTA-domstolen følger EF-domstolens metodebruk i dette tilfellet? Tidligere praksis fra domstolen har vist at den legger seg på en linje som følger EF-domstolens metode⁶⁴. Det at domstolene har lik metodebruk må vel anses som en nødvendighet dersom rettshomogenitet skal oppnås. Imidlertid skal EØS-avtalen være mer

⁶¹ Ørebech Hjemfallsdommen: I strid med Grunnloven, under pkt. 59

⁶² Kolstad, EØS-rettslig vurdering av hjemfallsinstituttet side 213

⁶³ Bestemmelsene her anses for å være kodifisert sedvanerett

⁶⁴ EØS-rett (2004) side 231

folkerettslig enn det EU er. I saker som dreier seg om områder hvor det ble sagt klart ifra ved avtalens inngåelse er EFTA-domstolen mindre tilbakeholden med å belyse forskjellene mellom EU og EØS, et eksempel på dette er den tidligere nevnte Maglite saken. I vår sak ble det imidlertid ikke tatt noe klart og tydelig standpunkt og EFTA-domstolen kan da lettere følge EF-domstolen uten å gjøre mye ut av forskjellene, det kan heller virke som om de tones ned.

Ved å kalle Norges opprinnelige forståelse for en ensidig erklæring mener Ørebech⁶⁵ at domstolen har avvist at EØS-avtalen er en mellomfolkelig avtale. Jeg vil nok ikke gå så langt, men begrunnelsen for EFTA-domstolens uttalelse angående disse ”erklæringene” kunne ha oppklart en del i forhold til metodebruken. EFTA-domstolen hadde her en mulighet til å avklare slike erklæringers rettskildemessige relevans og vekt, men valgte og ikke gjøre det.

Det neste domstolen behandler er om det utgjør noen forskjell for tolkningen at det her dreier seg om forvaltningen av vitale naturressurser. Domstolen sier bare at naturressurser er en del av EØS-avtalen, den går egentlig ikke nærmere inn på om suverenitet over naturressursene kan tilsi selvstendig tolkning av EØS-artikkel 125. Da suverenitet over naturressursene er viktig i folkerettslig forstand kunne domstolen ha gått nærmere inn på om området fortjener en selvstendig tolkning under EØS-avtalen som er mer folkerettslig en EU-samarbeidet. Det må bety at da naturressursen hører hjemme under EØS-avtalen kan ikke reguleringen av dem utgjøre et argument.

Norberg⁶⁶ kommenterer at dette er en elegant måte å avføye argumentet på. Dersom elegant vil si å gjøre svært lite ut av en problemstilling så er vel domstolens drøftelse elegant. Det er imidlertid slik at denne drøftelsen unngår å svare på viktige tolkningsspørsmål. For ettertiden hadde det vært ønskelig om domstolen kunne ha avklart disse. Det at de ikke blir

⁶⁵Ørebech, Hjemfallsdommen: I strid med Grunnloven under pkt. 59

⁶⁶ Norberg, side 299

nevnt kan kanskje være ett tegn på at den anser de argumentene Norge kom med for og ikke være relevant. Uansett synes jeg ikke dette kan kalles elegant. En mer inngående drøftelse av emnet burde ha inkludert litt om at det som skal tolkes er avtalens ytre grenser. Dette kan bety at EFTA-domstolen har samme holdning som ESA til spørsmålet, at det er likegyldig hvorvidt bestemmelsen som skal tolkes ligger i avtalens ytre grenser eller om den er mer sentral. I tillegg kunne domstolen ha gått mer inngående inn på hvordan avtalen forholder seg til naturressursene, som ESA og forsvaret var inne på så er det opp til statene om de ønsker å utnytte en naturressurs. Dette kommenteres ikke i domstolens drøftelse. Et annet spørsmål som ikke tas opp er hvor mye som skal til for at bestemmelser anses for å være omfattet av avtalen.

Vi er vel egentlig tilbake til det som ble konkludert ovenfor at EFTA-domstolen følger en EU vennlig linje. hvor det dreier seg om områder som det ikke tatt avstand fra og hvor det er spesielt for EØS-avtalen.

Det var kun disse to momentene, Norges opprinnelige forståelse og forholdet til forvaltningen av naturressursene, som ble drøftet av domstolen. I tillegg til disse momentene kunne det ha vært hensiktsmessig for domstolen å begynne med å se på hva rettspraksis fra EF-domstolen faktisk sier om EFT artikkel 295 før det konkluderes med ensartet tolkning. Dersom det er usikkerhet knyttet til denne rettspraksis kunne dette ha vært et argument for selvstendig tolkning av EØS artikkel 125. EF-domstolen bruker ofte formuleringen at ”rettstilstanden på nåværende tidspunkt er ...”, dette for at den ikke skal binde seg selv i sin tolkning⁶⁷. Dette er også en mulighet for EFTA-domstolen hvor den anser regelen som uklar eller ikke vil binde seg til en bestemt tolkning av en bestemmelse.

Når EFTA-domstolen velger å behandle spørsmålet om selvstendig tolkning først blir ikke den regel som finnes i EF-retten holdt opp mot EØS-retten. Dersom spørsmålet er om man

⁶⁷ P.S.R.F Mathijsen, side 107

skal tolke noe likt eller ulikt burde den aktuelle regel bli vurdert opp mot EØS-retten og dens karakter. Dette må bety at EØS-domstolen anser den regel de finner ved tolkningen av EFT artikkel 295 for å være passende i forhold til EØS-retten og ikke verd å drøfte.

Dommerne i EF-domstolen har vært villige til å gå utenfor ordlyden for å fremme integrasjon og viser en sterkt teleologisk rettsanvendelse. Derfor bør det i alle fall i en ak som denne hvor partene har inngående drøftet selvstendig behandling ses på hvordan tolkningen er før det besluttes ensartet behandling.

Et annet moment som kunne ha vært drøftet av domstolen er at EF-domstolen ikke har hatt til behandling et tilfelle som ligner det norske. Det kunne derfor ha vært hensiktsmessig å se nærmere på rettsregelen før det blir bestemt at EØS artikkel 125 skal tolkes på samme måte. Eller at den eventuelt sammenligner de aktuelle sakene.

Sammenfattende om domstolens drøftelse kan det sies at den er svært kort og fører ikke til avklaring på flere punkter, dette er særlig klart ved at flere av de punkter som kom frem under gjennomgangen av partenes anførsler ikke er nevnt. Dette kan bety at de ikke har relevans, men en uttalelse fra domstolen kunne ha avklart usikkerheten rundt disse spørsmålene. Det er altså flere tolkningsspørsmål som fremdeles ikke er besvart.

4.3.2 Forståelsen av EØS artikkel 125 tolket i samsvar med EFT artikkel 295.

4.3.2.1 Oversikt

Spørsmålet er hvordan EØS artikkel 125 skal tolkes, tatt i betraktning rettspraksis fra EF-domstolen angående EFT artikkel 295. Når EØS artikkel 125 skal tolkes ensartet med EFT artikkel 295 betyr det at all rettspraksis fra EF-domstolen er relevant, både før og etter 2.mai 1992. Målet blir da å få regelen etter EØS artikkel 125 til å bli mest mulig lik den som er utarbeidet etter EFT artikkel 295 i tråd med homogenitetsmålsetningen.

Når det gjelder EFT artikkel 295, tidligere EFT artikkel 222, er det avsagt flere dommer. De som er behandlet av partene og domstolen spenner seg over et tidsrom fra 1984 til 2003. Det er imidlertid kommet til flere dommer etter dette også.

Spørsmålet blir nå om artikkelen unntar forskjellsbehandlingen mellom offentlige aktører og private aktører som forefinnes i hjemfallsretten fra EØS-avtalens område, eller må bestemmelsene vurderes opp mot avtalen. Behandlingen av dette spørsmålet i oppgaven dreier seg mye om hva som var og er rettstilstanden i EU.

4.3.2.2 Partenes anførsler.

Under dette spørsmålet fremholdes det av Norge at de omtvistede bestemmelsene i industrikonsesjonsloven er uberørt av EØS-avtalen og at rettspraksis fra EF-domstolen ikke er til hinder for denne tolkningen. Dette er ESA uenig i og legger frem at bestemmelsene må utformes slik at de er forenelig med avtalens grunnleggende prinsipper.

Norges løsning er basert på at regulering av vannkraften anses å både falle utenfor og innenfor EØS-avtalens område. Selve prinsippet om hjemfall til staten faller utenfor og det gjør også det sterke offentlige eierskapet, da de ser at det er ikke foreligger et krav om privatisering. Det grunnleggende ved hjemfallsinstituttet skal altså ikke være berørt. Dette er i følge Norge helt klart en eiendomsrettslig ordning under EØS artikkel 125⁶⁸. Forsvaret skiller mellom reguleringen av eiendomsrettlige rettigheter og utøvelsen av disse rettighetene. Forskjellsbehandlingen mellom private aktører på den ene siden og offentlige aktører på den andre ses på som en integrert og naturlig del av hjemfallsinstituttet som sådan⁶⁹ og faller med dette utenfor avtalens omfang.

⁶⁸ Tilsvare premiss 235-236

⁶⁹ Tilsvare premiss 239

Det Norge legger frem at faller innenfor omfanget av avtalen er at alle private aktører på markedet skal behandles likt, det skal ikke forskjellsbehandles mellom utenlandske og nasjonale aktører. Det er en fundamental forskjell mellom eiendomsretten til naturressursen og den økonomiske driften av kraftverkene.

ESA på sin side fremholder at tolkningen av EFT artikkel 295 ikke gir plass til at nasjonale regler forskjellsbehandler aktører i ett fritt marked enten det er mellom offentlige og private aktører eller mellom nasjonale og ikke-nasjonale aktører⁷⁰. Men å ha tidsbegrenset konsesjon med hjemfall til staten og ulike klasser av konsesjoner kan i utgangspunktet være unntatt under EØS artikkel 125 og forenelig med avtalen.

I drøftelsen begynner Norge med å se på ordlyden til EØS artikkelen 125. Som er ”denne avtale skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten”. Den tilsier etter alminnelig språklig forståelse at reguleringen av partenes eiendomsrettslige ordninger er unntatt. Den skal med andre ord begrense avtalens rekkevidde. Ifølge ESA må bestemmelsens bruk begrenses da den ikke angår en spesifikk sektor, men ESA medgir at den sier noe om avtalens ytregrenser.

Det ser det ut til at reglene om eiendomsrettslige forhold er unntatt fra EØS-avtalens område, uten reservasjoner. ”ikke på noen måte” er sterk og klar ordbruk og den eneste av sitt slag i EØS-avtalen. Den ser i utgangspunktet ut til å gjelde hele EØS-avtalen også de fire friheter. Ørebech ser også på artikkelens ordlyd samt dens plassering i EØS-avtalen. Han finner at eierskapssuvereniteten kun begrenses av EØS artikkel 124 om forbudet mot forskjellsbehandling grunnet statsborgerlige forhold ”med hensyn til å plassere kapital i selskaper som definert i artikkel 34”.⁷¹ Videre viser han til artikkelens forarbeider og forhistorie, han finner at de ikke snevrer inn dens anvendelses område. Det er ikke vanlig å

⁷⁰ Stevningen premiss 120

⁷¹ Ørebech, Peter, EØS-avtalens artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjemfall, Lov og Rett 2006 side 29

vise til forarbeidene til bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel, de har ikke samme stilling i fellesskapsretten som de har i norsk rett⁷². Forhistorien er imidlertid en god kilde for å finne formålet til bestemmelsen.

Norge ser videre på rettspraksis fra EF-domstolen. De finner her at det er opp til statene å regulere de eiendomsrettslige ordningene. Men de ser at dette er begrenset ved at fellesskapsretten påvirker utøvelsen av den nasjonale eiendomsretten, det vises her til en sak fra EF-domstolen⁷³. Dette mener Norge at har to konsekvenser. For det første har statene suverene rettigheter når det gjelder å bestemme over eiendomsretten til naturressursene. Her vises det også til sekundær lovgivningen i energi sektoren. I tillegg er det gitt pkt. tre i fortalen til direktiv 94/22 at medlemsstatene har suverenitet og suverene rettigheter over hydrokarbon ressurser på sitt territorium. For det andre er det opp til statene selv om de vil beholde sine foretak som statlige eller om de skal privatisere. Dette finner Norge også hjemmel for i flere uttalelser fra kommisjonen⁷⁴. Her er det gitt at EF-traktaten er nøytral nå det gjelder hvordan staten organiserer eierskap, om dette holdes offentlig eller privatiseres. Valget om å gjøre et offentlig selskap privat hører under medlemsstatenes eksklusive kompetanse⁷⁵.

Fra ESAs side fremholdes det derimot at det ikke foreligger grunnlag i EØS-avtalen for det skillet Norge setter opp, med at forskjellsbehandling mellom private og offentlige ikke er berørt av avtalen. I 2000 uttalte Kommisjonen at ”Der er indledningsvis på sin plass at påpege, at Fællesskabet ikke begunstiger nogen eiendomsform – offentlig eller privat, frem

⁷² EØS-rett (2004) side 213

⁷³ Sak C-491/01 British American Tobacco [2002] ECR I-11453 premiss 147

⁷⁴ Uttalelser fra Kommisjonen har relevans som EF-rettslig kilde, sjeldent selvstendig, men brukes ved tolkning.

⁷⁵ Tilsvaret premiss 251-253

for en anden; traktatens artikkel 295 (tidl. Artikel 222) sikrer da også neutralitet i forhold til virksomhedernes offentlige eller private status.”⁷⁶

Norge er uenig og viser til at deres konklusjon ikke er en annen enn den som er gitt i ”golden shares-sakene”⁷⁷. ESA viser til disse sakene i sin drøftelse som grunnlag for at selv om et område går under EØS artikkel 125 må reguleringen være i samsvar med de grunnleggende prinsipper i avtalen⁷⁸. ESA viser ikke til andre rettskilder først.

Skal gjennomgå de tre sakene som ble behandlet samtidig av EF-domstolen⁷⁹. I disse sakene dreier det seg om samme problemstilling. Det gjelder hvorvidt nasjonale ordninger hvor staten har visse rettigheter til å gripe inn i eierskapsstrukturen til privatiserte selskaper er forenelig med fellesskapsretten. I alle disse sakene er problemstillingen om ordningen er forenelig med retten til etablering og fri flyt av kapital som i vår sak.

I kommisjonen mot Belgia⁸⁰ ble det drøftet om Belgiske myndigheters eierkontroll ved hjelp av aksjer som var tillagt særlige rettigheter var i strid med EF-traktaten og da den frie kapitalbevegelse. Det at ordningen representerte en restriksjon var ikke bestridt, spørsmålet var om den var berettiget. Domstolen avviste at ordningen kunne begrunnes med at den var et utslag av den eiendomsrettslige ordningen til Belgia. Først ble det drøftet at det kunne foreligge grunner som kunne tilsi at medlemsstatene kunne beholde en viss innflytelse i privatiserte selskaper. Men ”[d]isse betenkeligheter kan imidlertid ikke give medlemsstaterne adgang til at påberåbe sig deres ejendomsretlige ordning, der er

⁷⁶ EFT C 121 side 2 pkt. 3.

⁷⁷ ”Golden shares” er en fellesskapsrettslig betegnelse på statlige særrettigheter i private selskaper, disse kan være hjemlet i lov eller i selskapets vedtekter.

⁷⁸ Stevningen premiss 122

⁷⁹ Grunnen til at disse sakene skal gjennomgå er at de skiller seg fra de sakene som EFTA-domstolen viser til i sin drøftelse og som skal gjennomgå nedenfor.

⁸⁰ Sak C-503/99 Kommisjonen mot Belgia [2002] ECR I-4809

omhandlet i traktatens artikkel [295], som begrundelse for hindringer af traktatens friheder, når disse hindringer er et resultat af privilegier, der er forbundet med medlemsstaternes aksjonærstatus i en privatiseret virksomhed. Som det således fremgår af Domstolens praksis (jf. dom af 1.6.1999, sag C302/97, Konle, Sml. I, s. 3099, præmis 38), fører denne artikkel ikke til, at eksisterende ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke er omfattet af traktatens grundlæggende principper”⁸¹. Ordningen måtte etter dette vurderes under EFT artikkel 56 eller læren om de tvingende allmenne hensyn. Hensynet til forsyningssikkerheten i energisektoren ble godtatt for å begrunne de aktuelle restriksjoner.

De andre to dommene som ble avsagt samme dag inneholder samme resonnement, det er disse Kommisjonen mot Belgia bygger på. I Kommisjonen mot Frankrike⁸² gjaldt det aksjer i oljeselskapet ELF som sikret den franske stat rett til å forhåndsgodkjenne overskridelser av terskler for erverv av selskapsandeler eller stemmerettigheter, og en vetorett angående beslutninger om avståelse eller overdragelse til sikkerhet av aksjemajoriteten i flere av ELF's datterselskap. Denne reguleringen kunne ikke begrunnes med at det dreide seg om en eiendomsrettlig ordning under EF artikkel 295. Ordningen måtte vurderes under EFT artikkel 56 som tilsvarer EØS artikkel 40. Det ble konkludert med at ordningen hadde et legitimt hensyn, det å garantere oljeproduktets forsyningssikkerhet i eventuelle krisesituasjoner, den fylte imidlertid ikke kravet til proporsjonalitet og var dermed i strid med EFT artikkel 56.

I den siste saken som skal behandles her angående såkalte ”golden shares”, Kommisjonen mot Portugal⁸³, dreide det seg om regler som forbød utenlandske investorer å erverve mer enn et visst antall aksjer i enkelte portugisiske foretak. Reglene stilte også krav til forhåndsgodkjenning av erverv av kapitalandeler som oversteg et visst nivå i bestemte nasjonale foretak. Portugal mente at ordningen gikk under EFT artikkel 295 og dermed

⁸¹ Sak C-503/99 Kommisjonen mot Belgia premiss 44

⁸² Sak C-483/99 Kommisjonen mot Frankrike [2002] ECR I-4781

⁸³ Sak C-367/98 Kommisjonen mot Portugal [2002] ECR I-4731

gikk fri. EF-domstolens konklusjon var at reguleringen av eierinnflytelsen i selskapene ikke kunne begrunnes under EFT artikkel 295. EFT artikkel 295 unntar ikke eiendomsrettslige ordninger fra traktatens grunnleggende prinsipper.

Norge fremholder at selv om noen av disse dommene omhandler energi sektoren så var ikke medlemsstatenes rett til å regulere eiendomsretten til naturressurser en problemstilling. EFT artikkel 222 [artikkel 295] var kun påberopt av partene for å beholde rettigheter som var knyttet til deres posisjon som aksjeeier i enkelte foretak. Dommene adresserte heller ikke det at stater kan velge mellom å privatisere eller ikke. Heller ikke behandles fordeler gitt offentlige foretak som ikke er privatisert. Dersom man sammenholder dette med generaladvokat AG Colomers⁸⁴ innstilling blir dette litt mer tydelig. Generaladvokaten behandlet disse tre sakene samlet⁸⁵. Han mente at EFT artikkel 295 skulle gjelde for tilfellene i disse dommene, dette ble ikke godtatt av domstolen. EF-domstolen satte imidlertid ikke spørsmålstegn ved at EF artikkel 295 kan brukes på selskap hvor det offentlige har majoriteten av aksjene.

ESA på sin side viser til at de omtvistede reglene i vår sak er lik da forskjellsbehandlingen i industrikonsesjonsloven er et privilegium direkte knyttet til at det er offentlige aksjeeiere. ESA uttaler i tillegg at ingenting står i veien for at Norge kan legge samme økonomiske byrde på offentlige aktører slik det foreligger på utenlandske og private aktører⁸⁶. Dette gir at EØS artikkel 125 ikke gir større rettigheter til offentlige aktører i et åpent marked hvor både offentlige og private aktører deltar.

⁸⁴ Generaladvokaten avgir en begrunnet innstilling for å bistå domstolen jfr. EFT artikkel 222. Den rettskildemessige betydningen er usikker dersom begrunnelse og resultat i innstillingen er forskjellig fra det domstolen velger.

⁸⁵ Innstilling til saker C-367/98, C-483/99 og C-503/99 premiss 60.

⁸⁶ Stevning premiss 128

I alle disse dommene gjelder det rettigheter tilknyttet staten som aksjeeier, hvor dette får virkning for private aksjeeiere. Disse sakene gjelder ikke valget om hvilken type eierskap, offentlig eller privat, dette valget var allerede tatt, det gjelder privatiserte selskaper. Statene ønsker å opprettholde kontrollen over disse selskapene. Hjelmfallsretten går ut på at staten velger nasjonalisering på sikt. I tillegg kan staten etter hjemfallet velge hva som skal gjøres med kraftverket⁸⁷.

Sakene ble også gjennomgått av Kolstad, han ser ikke på forskjellene mellom vår sak og de sakene som er gjennomgått her. Hans konklusjon er at selv om de omtvistede reglene er omfattet av EØS artikkel 125 så må den eiendomsrettslige ordningen utformes slik at den er forenelig med de grunnleggende prinsipper i avtalen⁸⁸.

ESA gjør også ett poeng ut av at det ikke er statlige selskaper vår sak gjelder, det er kommunale og fylkeskommunale aktører som er eiere og ikke staten, dette er kun som nevnt gjennom Statkraft. Norges svar på dette er at det er opp til statene internt hvordan de ønsker å organisere offentlig eierskap, om det gjøres på kommunal, fylkeskommunal eller annen måte. Delegering til andre innenfor det offentlige hører under partenes eksklusive kompetanse. Dette kan ikke bety at disse selskapene går under andre regler enn de som gjelder for staten. Hvis det motsatte hadde vært tilfellet hadde ikke slike aktører ikke vært beskyttet av de fire friheter ellers heller. Norge legger til at det ikke er nødvendig for å sikre statlig kontroll over vannfallsressursene å innføre hjemfall til staten for de aktører som er offentlige.

Av ESA fremholdes det at selv om hjemfall til staten går under EØS artikkel 125 så kan ikke dette gjelde den tidsbegrensede konsesjonen. Om dette legges det frem fra Norges side at tidsbegrenset konsesjon er nødvendig for at hjemfall skal skje, reglene setter en

⁸⁷ Se uttalelsen fra Olje og Energi departementet som ble gjengitt i kapittel 3.

⁸⁸ Kolstad, EØS-rettslig vurdering av hjemfallsinstituttet side 216

tidsramme for når dette skjer og det er derfor ikke mulig å skille disse to regeltypene⁸⁹. Dette har vel Norge rett i, men kan ikke ha hjemfall uten å ha satt ett tidspunkt for når hjemfall til staten skjer.

De ser videre på hvordan dette forholder seg i denne saken. Forskjellsbehandlingen er omfattet av EØS artikkel 125 og skal derfor unntas fra avtalens område. Dette er et standpunkt regjeringen fremdeles holder seg til⁹⁰. ESA har noe av den samme argumentasjonen og det er mange punkter som er likt.

ESA er enig med Norge om at det ikke skal bestemmes av EØS-avtalen hvordan en stat organiserer det offentlige eierskapet. Men friheten til å ha et system med offentlig eierskap betyr ikke at statlige og andre offentlige aktører kan gis bedre vilkår enn andre når de opptrer innenfor samme økonomiske aktivitet.

Etter det som er gjennomgått er det tydelig at hovedforskjellen mellom ESA og Norges mening ikke gjelder forståelsen av EØS-retten. I tilsvaret blir det sagt at “The essence of the dispute concerns rather the assessment and legal classification of the contested rules”⁹¹. Hvilket betyr at hovedforskjellen ligger i hvordan partene ser på de omtvistede reglene og deres forhold til valget mellom privat og offentlig eierskap.

4.3.2.3 Domstolens drøftelse og konklusjon.

EFTA-domstolen finner at EØS artikkel 125 må tolkes slik at hver stat kan selv velge sin eiendomsrettslige ordning, men de regler som etablerer denne ordningen må holde seg innenfor rammene av de grunnleggende regler i EØS-avtalen, hvilket inkluderer fri

⁸⁹ Tilsvaret premiss 263

⁹⁰ Ot.prp.nr.81 (2007-1008) pkt. 6.2.

⁹¹ Tilsvaret premiss 262

kapitalbevegelse og den frie etableringsretten⁹². Dette betyr at selv om hjemfallsretten går under artikkelen så må dens videre utforming holdes innenfor de grunnleggende reglers rettslige grenser.

Denne konklusjonen kommer EFTA-domstolen frem til ved å gå rett på rettspraksis fra EF-domstolen⁹³. De går ikke inn på de enkelte dommene de viser til, noe som tyder på at de anser regelen de har funnet for å være uomtvistet og klar. Det gir også inntrykk av at det er samme tolkningsresultat som er blitt brukt i alle dommene det vises til. De anser det heller ikke som nødvendig å gå inn på andre relevante rettskildefaktorer for eksempel ordlyden og formålet.

Domstolen trekker frem tre dommer ved å si se for sammenligning, hvilket betyr at det foreligger flere dommer fra EF-domstolen med samme resultat, noen av disse ble behandlet under partenes anførsler rundt dette spørsmålet.

De dommene det blir vist til strekker seg over en tidsperiode fra 1984 til 2003. Domstolen kommenterer ikke om det er forskjeller mellom den dommen som kom før 2.mai 1992 og de som kommer etter. Ørbech⁹⁴ anser dette for å være en kardinal feil og legger til at domstolen gjør det lett for seg selv her. Ørebechs kommentar er at "[h]jemfallsdommen bygger ukritisk inn EU-domstolens rettspraksis slik den er utviklet seg siden EØS-avtalen ble undertegnet 2. mai 1992. Dette undergraver forståelsen av EØS som en mellomfolkelig avtale og setter i praksis forbudet mot norsk henvisningstolkning av EU-regler ut av kraft fordi dommen legger automatisk EUs rettspraksis til grunn"⁹⁵. Når det i dommen allerede er drøftet om EØS artikkel 125 skal tolkes selvstendig eller om den skal tolkes ensartet med EF artikkel 295 mente vel domstolen at det skillet ikke er nødvendig å kommentere. Dette

⁹² E 2/06 premiss 62

⁹³ E 2/06 premiss 62

⁹⁴ Ørebech, Hjemfallsdommen: I strid med Grunnloven, under pkt. 63

⁹⁵ l.c

er altså allerede drøftet under forrige problemstilling. Ørebech har imidlertid ett poeng når han kommenterer at domstolen ikke går inn i rettspraksis da dette bedre viser regelens anvendelse og opphav. En gjennomgang av relevant rettspraksis vil kunne skape større tillitt til EFTA-domstolen samtidig som gjennomgangen kan avsløre om det er dannet en fast regel som er anvendelig på alle typer saker eller om den er saks bestemt. I tillegg er det hensiktsmessig å se på hensyn som ligger bak regelen før den anvendes. Forskjell i praksis før og etter 1992 kunne som nevnt også ha vært et argument for selvstendig tolkning.

Det som kan sies om metodebruken til domstolen her er at den er sterkt inspirert av EF-domstolen uten at den selv resonnerer noe videre rundt spørsmålet. Dette er typisk for EFTA-domstolen⁹⁶. Hensyn bak det resultatet de kommer til skulle i alle fall ha vært nevnt. I tillegg kunne det ha vært nevnt hvordan dette forholder seg til EØS-retten.

Skal her gå nærmere inn på den praksisen domstolen bruker for å se hvordan regelen er blitt til under EF-domstolen, hva som ligger bak og hvordan den kan anvendes. De tre sakene domstolen lister opp gjelder ervervelse av eiendom.

Dommen fra 1984, Fearon, omhandler lovhjemlet boplikt ved erverv av landbrukseiendommer i Irland⁹⁷. Boplikten ble gitt for å hindre at jord ble spekulasjonsobjekt og for å sikre at jordbrukerne eier sin jord selv. Staten kunne ekspropriere eiendommer hvor eieren hadde bodd maksimum 3 miles unna i ett år, sammenhengende. Søksmål ble reist av fem britiske aksjeeiere som ikke oppfylte boplikten. Spørsmålet som ble sendt til EF-domstolen for en uttalelse⁹⁸ om denne boplikten var i overensstemmelse med EF-traktaten. Ved spørsmålet om disse reglene hørte under traktaten fant EF-domstolen at EFT artikkel 295(daværende EF artikkel 222) ikke unntar bestemmelser fra forbudet mot forskjellsbehandling. Det blir uttalt at selv om

⁹⁶ EØS-rett(2004) side 231

⁹⁷ Fearon mot Irish Land Commission C-182/83 ECR 3677

⁹⁸ Prejudisiell avgjørelse (forhåndsavgjørelse) EFT Artikkel 234

myndighetene kan ha en ordning hvor de kan ekspropriere ”er en saadan ordning imidlertid omfattet af det grundlæggende princip om forbud mod forskelsbehandling, der ligger til grund for traktatens kapitel om etableringsretten”⁹⁹ Kommisjonen uttalte i sin skriftlige vurdering at dette var forhold som henhørte under medlemsstatenes eksklusive kompetanse, men dette var altså ikke domstolen enig i¹⁰⁰.

Domstolen kom imidlertid frem til at reglene var i forenelig med fellesskapsretten. Statene kan opprette et slikt system med ekspropriasjon forutsatt at boplikten også gjelder statens egne borgere og i tillegg så skal ikke ekspropriasjonen utøves på en måte som forskjellsbehandler.

Tolkningen av EF artikkel 295 i denne dommen er litt annerledes enn den regel EFTA-domstolen kommer frem til i vår sak. Fearon dommen henviser kun til forskjellsbehandling under etableringsretten. Konklusjonen man finner etter Fearon saken er at EØS artikkel 125 ikke unntar regler fra EØS artikkel 31. Denne saken går ikke inn på hva som ville ha vært tilfellet dersom det offentlige også hadde vært aktører innenfor samme økonomi.

Ørebech¹⁰¹ sammenligner denne dommen med vår sak og finner at tilfellene egentlig er ganske like. Han konkluderer med at den norske hjemfallsretten ligner den modellen som EF-domstolen finner at er i overensstemmelse med EF-retten. EF-domstolen sier ingenting om forholdet mellom offentlige aktører og private aktører. De reglene dommen gjelder kan kun gjelde private. Det ser derfor ut til at forskjellsbehandling mellom private på den ene siden og offentlige på den andre er godtatt.

⁹⁹ C-182/83 Fearon Premiss 7

¹⁰⁰ C-182/83 Fearon Premiss 5

¹⁰¹ Peter Ørebech, EØS-avtalens artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i Hjemfall, Lov og Rett 2006 s. 26 flg.

Norberg¹⁰² trekker også frem denne dommen i sin artikkel, det ser ut til at han mener at denne dommen tilsier at tolkningen av EFT artikkel 295 var den samme i 1984 som den konklusjonen EFTA-domstolen kom frem til i vår sak. Det han legger frem er at ”[a]lthough this is not especially underlined by the Court, it follows that one of these fundamental rules is the rule of non-discrimination, which as held by the ECJ already in Fearon”. Dersom dette er tilfellet ville kanskje ikke skillet i anvendelsen av rettspraksis før og etter 1992 ha vært avgjørende. Det ser imidlertid ut til at rettstilstanden i 1992 ikke var helt avklart og EFTA-domstolen kunne ha kommet til et annet resultat.

Kolstad trekker konklusjonen fra Fearon saken og beskriver den som den samme tolkningen som EF-domstolen brukte i Konle¹⁰³ fra 1999. Det er den dommen som kommer etter Fearon i tid av de dommene EFTA-domstolen viser til i vår sak. Konle gjelder forhåndsgodkjennelse ved erverv av tomter i Tyrol. EF-domstolen mener at denne forhåndsgodkjenningen hindrer raske transaksjoner og med den virkning at utenlandske aktører ikke vil begi seg inn på markedet. Domstolen finner derfor at ordningen er indirekte diskriminerende. Også her er reglene begrunnet med viktige nasjonale hensyn. Ved drøftelsen om de omtvistede reglene er omfattet av EF-traktaten konkluderer domstolen med at EF artikkel 295 ikke unntar fra de grunnleggende prinsipper i traktaten dette gjør den ved å vise til Fearon saken¹⁰⁴. Det som sies er at ”selv om de ejendomsretlige ordninger vedbliver at henhøre under den enkelte medlemsstat i henhold til traktatens artikkel [295], fører bestemmelsen ikke til, at en sådan ordning ikke er omfattet af traktatens grundlæggende principper”. Dette er samme tolkningsresultat som EFTA-domstolen kommer til i vår sak.

Spørsmålet er om det har skjedd en utvikling fra Fearon saken og frem til Konle, eller om det var dette EF-domstolen mente også i Fearon. Det er ingenting i Konle dommen som

¹⁰² Norberg 2007 side 298

¹⁰³ C-302/97 [1999] ECR I-3099

¹⁰⁴ C-302/97 Konle premiss 38

tyder på at det har skjedd en utvikling de viser til Fearon som om det skulle være samme tolkningsresultat. Regelen kan vel sies å være litt utvidet Fearon omhandler kun etableringsretten mens Konle også gjelder fri flyt av kapital. Samt at ”grunnleggende prinsipper” favner alle de fire friheter. Ørbech¹⁰⁵ finner at det har skjedd en utvikling her, dette på grunn av det syn han har om Fearon.

Den siste dommen som det er henvist til i saken er Ospelt mot Schlossle Weissenberg¹⁰⁶ fra 2003. Den omhandler forhåndsgodkjennelse ved erverv av skog og landbrukseiendommer, som hadde til hensyn å sikre opprettholdelsen av levedyktig jordbruk og gårdbruk. Her fant EF-domstolen at reglene om fri kapitalbevegelse kom til anvendelse¹⁰⁷. Ordningen med forhåndsgodkjennelse måtte være i samsvar med de grunnleggende prinsipper i fellesskapsretten. Det ble videre sagt at en søknad ikke kunne avslås med den begrunnelse at erververen ikke bodde på plassen eller ikke dyrket sin jord selv. Dette utgjør vel en forskjell fra Fearon hvor Irland kunne opprettholde boplikten.

Disse dommene viser det tolkningsresultat EFTA-domstolen trekker frem i forskjellige typer saker. ”Golden shares” sakene som ble gjennomgått ovenfor og som var sentrale i partenes drøftelser blir ikke nevnt i dommen.

Det kan etter gjennomgangen av rettspraksis se ut til at det har dannet seg en regel som EF-domstolen anser for å være fast og uomtvistelig. En skal imidlertid være forsiktig med å hente ut en regel fra EF-domstolens praksis å la den fremstå som klar og uomtvistelig. EF-domstolens oppgave er å utvikle EF-retten dette gir en dynamisk og rettsutviklende praksis. Eksisterende regler blir definert og nye blir formulert ved hjelp av teleologisk tolkning¹⁰⁸. I

¹⁰⁵ Ørbech, EØS-avtalens artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjemfall, blant annet side 32

¹⁰⁶ C-452/01 ECR I-9743

¹⁰⁷ C-452/01 Premiss 24

¹⁰⁸ P.S.R.F Mathijsen, side 107

tillegg er det slik at ingen av de nevnte sakene ligner på hjemfallssaken. Her ligger de omtvistede reglene nærmere det valget som ligger under statenes suverenitet, nemlig om privat eller offentlig eierskap.

I 2002 beskriver Müller Graff¹⁰⁹ rettstilstanden som uklar og han er ikke sikker på om den strenge tolkningen vil holde lenge. Dette gjelder mer om legaliteten til forskjellsbehandlingen enn det gjør om omfanget til EF-traktaten. Men det ser ut til at han mener at det fortsatt er ett åpent spørsmål om EFTA-domstolen kommer til at regler om eiendomsrettslige ordninger må være forenelig med avtalens grunnleggende regler. Her vises det til Colomers innstilling fra før dommene ble avsagt. Kan hende at meningen hadde vært en annen etter dette da domstolen ikke fulgte innstillingen.

I 1992 tok Arnesen opp forholdet mellom utnyttelsen av petroleumsressursene og EØS artikkel 125 hvor det blir konkludert med at denne ikke sier ”annet enn at retten til petroleumsressursene forblir hos den norske stat. Utnyttelsen av denne retten må skje i tråd med fellesskapsretten”¹¹⁰. ”Når staten har valgt å la petroleumsressursene utnyttes gjennom et konsesjonssystem der i prinsippet selvstendige rettssubjekter konkurrerer om konsesjoner, må den også ta konsekvensen av dette og ikke favorisere enkelte rettssubjekter på grunnlag av eierforholdene i disse”. Det som kan skille dette fra hjemfall er at hjemfall også dreier seg om valget mellom å nasjonalisere eller privatisere.

Domstolen går ikke inn på om de omtvistede reglene er en integrert og nødvendig del under valget av den eiendomsrettslige ordningen. Det kunne ha vært drøftet hva som skal til for at

¹⁰⁹ Peter-Christian Müller Graff: The compatibility of Norwegian ownership rules with the EEA-obligations of Norway, NOU 2002:3 Eierbegrensning og eierkontroll i finansinstitusjoner, vedlegg 1. Denne utredningen gjelder en grunnlagt uttalelse fra ESA angående lov av 10.juni 1988 og dens bestemmelse om at ingen kan eie mer enn 10 prosent av kapitalen i en finansinstitusjon. Det konkluderes at det er åpent hvorvidt EFTA-domstolen kommer frem til at disse reglene er omfattet av EØS-avtalen.

¹¹⁰ Arnesen, Finn, EØS-avtalens konsekvenser for praktiseringen av det norske petroleumskonsesjonssystemet. Lov og Rett 1992 side 456 pkt. 3

bestemmelsen må anses for å være en integrert og naturlig del av den type som ikke omfattes av avtalen.

Etter gjennomgangen av disse dommene ser man at EF-domstolen har holdt seg til denne samme forståelsen av artikkelen. Utformingen av særskilte eiendomsrettslige ordninger må skje under hensyntagen til EF-traktatens grunnleggende prinsipper og dette vil da også gjelde for EØS. Dette gjelder også hvor det er forskjell mellom offentlige og private aktører, uansett om dette kan ses på som et utvalg av det grunnleggende valget mellom nasjonalisering eller privatisering. Hjemfallsretten kan derfor vurderes både i forhold til den frie etableringsretten og fri flyt av kapital. Dersom private aktører gis tillatelse til å drive en virksomhet kan det ikke forskjellsbehandles mellom disse og offentlige aktører i følge EFTA-domstolen. Unntak må begrunnes i reglene rundt den aktuelle frihet eller i læren om tvingende allmenne hensyn.

Flere saker kunne ha vært gjennomgått og drøftet her, men dette ville ikke ha gitt noe nytt til analysen. Selv om disse sakene er omdiskuterte¹¹¹ har EF-domstolen fastholdt sin forståelse av EFT artikkel 295.

5 Sammenfatning og rettspolitiske betraktninger.

EFTA-domstolens konklusjon på problemstillingen er at Norges påstand om at de omtvistede reglene ikke faller under EØS-avtalens område må avvises¹¹².

¹¹¹ Se for eksempel Norberg.

¹¹² E-2/06 ESA mot Norge premiss 63

Domstolens behandling av denne problemstillingen er kortfattet, men avklarende i forhold til rettstilstanden rundt naturressurser og EØS artikkel 125. Resultatet kan vel sies å være EU vennlig. EFTA-domstolen fører EFTA landene nærmere EU samarbeidet og dets integrasjon ved å følge homogenitetsmålsetningen igjen. Dette gjelder særlig hvor EF-domstolen har tolket en bestemmelse slik at dens anvendelses område har blitt snevret inn eller utvidet.

Ved behandlingen av denne problemstillingen fikk domstolen testet sin uavhengighet. Norges standpunkt var klart fra tidlig på 90-tallet, det var ikke ønskelig med rettslige rammer som skulle diktere hvordan konsesjonslovgivningen til vannkraften skal utformes. Når det gjelder EFTA-domstolens metodebruk her er den veldig inspirert av EF-domstolen. Begrunnelsene er som vist ovenfor til tider ganske knapp og viktige rettskildespørsmål blir ikke drøftet. Offentlige votum hadde kanskje kunne gitt grundigere drøftelser og det ville kanskje ha gitt rettsanvenderen en bedre forståelse hva som ligger bak domstolens resonnementer. Metodebruken i denne saken er imidlertid normal i forhold til annen praksis fra domstolen. Men om den her viser sin uavhengighet er heller usikkert. Selv om resultatet ikke gikk i Norges favør bærer drøftelsen preg av at den ikke ønsker å gå nærmere inn på disse spørsmålene og gjør det lett for seg selv ved å velge homogenitetsmålsetningen og EF-domstolens praksis.

I sin artikkel konkluderer Norberg¹¹³ med at EFTA-domstolen i denne saken har vist sin “ability to interpret the Articles of the EEA Agreement with integrity, competence and sense for the true intentions underlying the daring and delicate project that the creation and upholding of a dynamic and homogeneous EEA represents”. Norbergs konklusjonen gjelder hele dommen og ikke kun problemstillingen som er behandlet i denne oppgaven. Synes imidlertid ikke denne konklusjonen er særlig passende som en beskrivelse av domstolens behandling av EØS-avtalens saklige virkeområde. EØS samarbeidet skal ikke

¹¹³ Norberg, 2007 side 299

kun ta hensyn til å følge EF-rettsens dynamiske utvikling. Norge er ikke med i EU, men i EØS på grunn av at man ønsket et mindre vidtrekkende samarbeid, derfor bør det grundigere drøftelser til fra EFTA-domstolens side før den konkluderer i saker som denne.

Ørebech¹¹⁴ konkluderer med at domstolen snevret inne anvendelsesområdet til artikkel 125 på en slik på en slik måte at resultatet er strid med Grunnloven. Det fremholdes at de tekstuelle rammer er blitt noe annet enn det som det ble skrevet under på. Etter min mening er dette en risiko som ble tatt da EFTA-landene opprettet domstolen. Dens oppgave er å tolke EØS-avtalen med de rettslige kilder som foreligger. Når man institusjonaliserer ett stykke internasjonal rett på denne måten er det en sjanse man må ta at forpliktelsene kan bli tolket til å rekke lengre enn det man først hadde antatt at de skulle.

Risikoen for å tolke avtalen feil kan en vel si at lå på regjeringen selv i dette tilfellet. Norge kunne ha tatt ett klart standpunkt utad angående dette ved inngåelsen av avtalen, men det ble ikke gjort. Hvorfor det er slik er usikker, men det kan faktisk tenkes at regjeringen ved gjennomgangen av EØS-avtalen så at disse reglene kunne bli omfattet av avtalen, men valgte å tro at de ikke ble det på grunn av reglenes viktighet.

Det er vanskelig å si at Norge tok feil da det ble konkludert med at hjemfallsretten og den forskjellsbehandlingen den innebar gikk fri fra EØS-avtalens område i 1991-1992. Norges konklusjon er basert på en forståelse av at forskjellsbehandlingen mellom private og offentlige aktører er integrert i selve hjemfallsinstituttet som fremdeles står uberørt av EØS-avtalen. Hvilket resultat domstolen ville ha kommet til dersom spørsmålet hadde kommet opp tidligere er usikkert. Når det gjelder forholdet mellom suverenitet over naturressurser og EØS-avtalen var antakeligvis rettstilstanden 1992 at utnyttelsen av disse ikke var unntatt fra avtalens område, det var heller ikke da noe som tilsa at naturressursene gikk fri. Dette er

¹¹⁴ Ørebech, Hjemfallsdommen: I strid med Grunnloven

gitt ved å se på det generelle virkeområdet og mangelen på en unntaksbestemmelse. Det foreligger heller ikke noe litteratur som kommer til en annen konklusjon.

Uansett om Norge tok feil i 1992 eller ikke innebærer dommens resultat en type rettsliggjøring. Det trekkes opp rettslige rammer som de politiske vurderingene i forhold til konsesjonslovgivningen for vannkraften må holde seg innenfor.

Rettspolitisk har jeg ikke mye å tilføye til de vurderinger som er gjort underveis. Men det må nevnes at en annen rettslig løsning enn den domstolen kommer til under behandlingen av EØS artikkel 125 er det imidlertid svært gode grunner for. Dette gjelder først og fremst spørsmålet om selvstendig tolkning. I og med at hjemfallsretten er så unik som den er hadde domstolen mulighet til å tolke EØS artikkel 125 selvstendig i dette tilfellet uten at det ville ha brutt med rettspraksis fra EF-domstolen. Hvorfor EFTA-domstolen ikke ønsket og utforske dette på egen hånd før den konkluderte er underlig.

Det fremholdes også i forarbeidene til den nye loven at det er særlig under dette spørsmålet at det Norge er uenig med domstolen. Her blir det sagt at "[f]ra EFTA-statenes side har det hele tiden vært en grunnleggende forutsetning at EØS-avtalen skal være noe annet og mindre vidtrekkende enn medlemskap i EU, og dette må være et relevant hensyn ved tolkningen av avtalen. Det gjelder særlig i spørsmål som det foreliggende, som går på avtalens prinsipielle rekkevidde, der ordlyd og reelle hensyn taler for tilbakeholdenhet, og der avtalepartene har hatt klare oppfatninger ved traktatinngåelsen, selv om dette bare har kommet direkte til uttrykk på nasjonalt plan"¹¹⁵. Må nok si meg enig i dette. Det skal imidlertid svært mye til før domstolen aksepterer at en bestemmelse skal tolkes selvstendig, noe som ble vist nok en gang i denne dommen. Det kan til og med virke som om listen ble lagt enda høyere for senere saker. For hvis det ikke skulle bli selvstendig tolkning i denne saken, når skal det bli det?

¹¹⁵ Ot.prp.nr.61 (2007-2008) side 58

6 Epilog – konsekvensene av dommen for Norge.

Selv etter at dommen ble avsagt anså regjeringen fremdeles de omtvistede reglene å falle utenfor EØS-avtalens område, men de ble uansett forandret. Da diskrimineringen i industrikonsesjonsloven ble funnet å være i strid med EØS artikkel 31 og 40 ble Norge nødt til å forandre dette systemet. Dette på grunn av at det vil oppstå internrettslig motstrid ved at artiklene er innført i norsk rett. I tillegg foreligger den alminnelige lojalitetsplikt i ODA artikkel 3 og plikten etter ODA artikkel 33 ” til å treffe de tiltak som er nødvendige for å oppfylle EFTA-domstolens avgjørelser”.

Her er vi tilbake til EØS-artikkel 125, denne ble ikke bare anvendt under spørsmålet om de omtvistede reglene falt under EØS-avtalen. Da resultatet er at hjemfallsretten er indirekte diskriminerende ble artikkelen anvendt under drøftelsen om denne diskrimineringen var legitim. EFTA-domstolen aksepterer her at ønsket om offentlig eierskap kan i seg selv begrunne restriksjoner i de fire friheter¹¹⁶. Dette systemet må imidlertid være konsistent¹¹⁷ hvilket det norske systemet ikke ble funnet å være. Grunnene til dette er at industrikonsesjonsloven tillater et permanent element av privat eierskap til vannkraften. I tillegg tillater den reetablering av privat eierskap etter at konsesjonstiden er utløpt og hjemfall har skjedd¹¹⁸. Så selv om Norge tapte saken for EFTA-domstolen gav den Stortinget et handlingsrom for å videreføre arbeidet med å sikre offentlig eierskap. Dette er viktig for vannkraften vil øke i verdi, da den er en fornybar og ren energi.

Det ble gitt en provisorisk anordning 10.08.2007, jfr. Grl.§ 17, den skulle gi ro og forutberegnelighet i perioden frem til den nødvendige forandringen i

¹¹⁶ E-2/06 ESA mot Norge premiss 72-73

¹¹⁷ E-2/06 ESA mot Norge premiss 74-77

¹¹⁸ Provisorisk anordning om offentlig eierskap til vannkraften 6.8.2007 side 4

industrikonsesjonsloven¹¹⁹. Anordningen skulle begrense loven og utformingen av den berodde på en analyse av dommen og hvilke krav det ble stil til systemet som skal opprettes¹²⁰. Regjeringen stod overfor et valg om å liberalisere eller konsolidere. I den provisoriske anordningen ble konsolideringsmodellen valgt, dette går ut på å reparere mangler ved konsistensen og ytterligere styrke grunnprinsippet om offentlig eierskap til vannkraften¹²¹. Dette medfører at privat eierskap til vannkraften innsnevres. For det første vil det ikke lenger være mulig å gi vannkraft konsesjoner til private eiere. Å forlenge eksisterende konsesjoner til private eier ved foregrepet hjemfall vil det heller ikke være adgang til etter den nye ordningen. Eiendomsrett til vannfall som har hjemfalt vil ikke kunne gå tilbake til private. For det offentlige betyr det nye systemet få endringer. Heller ikke for private som allerede har konsesjoner er det store endringer. Salg av mer enn 1/3 av offentlig eide vannkraft og kraftverk forbys. Selve hjemfallsretten var det ikke nødvendig å forandre kun de deler av systemet som ikke var konsistent og strengt nok.

I ett år har arbeidet med lov som skulle erstatte anordningen pågått, den ble klar for vedtakelse i september 2008. Ytterligere styrking av konsolideringen ble innført i høringsutkastet til den nye loven. Modellen skal forene plikten til å etterleve EFTA-domstolens dom og styrke det offentlige eierskapet. Hjemfallskomiteen var splittet, mindretallet ville ha forlenget konsesjon til de private eierne. Flertallet mente at dette ville stride mot hjemfallsdommen og EØS-avtalen. Det har tidligere også blitt foreslått å innføre hjemfall for alle aktører, dette møtte massiv kritikk. Dette ville ha vært svært uheldig for kommunene. ESA hadde diverse innvendinger underveis i lovarbeidet og det endelige resultatet er blitt regulert etter disse.

¹¹⁹ Vassdragsreguleringsloven, lov 14. desember 1917 nr. 17, ble også endret. Dette var i utgangspunktet ikke nødvendig da dommen ikke omhandlet denne loven, men den inneholdt noe av de samme reglene som industrikonsesjonsloven og lovgiver så det derfor som hensiktsmessig å forandre den.

¹²⁰ Provisorisk anordning om offentlig eierskap til vannkraften 6.8.2007 side 1-2

¹²¹ Provisorisk anordning om offentlig eierskap til vannkraften 6.8.2007 side 2-4

Departementet uttaler at ”de foreslåtte endringene etter departementets syn også på selvstendig grunnlag” vil innebære at regelverket om offentlig eierskap forbedres og gjøres mer effektivt og konsistent”¹²². Modellen er altså en forbedring av tidligere rett. Kanskje var det positivt for Norge at de omtvistede reglene ble ansett for å være omfattet av EØS-avtalen. Det fikk i alle fall ikke store negative konsekvenser. Når politikerne nå skal ta stilling til hjemfallsretten er utgangspunktet juridisk. EFTA-domstolen har satt skranker for hvordan utformingen kan skje.

Om dette er slutten på diskusjonen av dette temaet er vanskelig å si, dersom det blir regjeringsskifte i 2009 er det lovet omkamp. Det er altså et svært betent politisk tema. I tillegg nevner Norberg at tolkningen av EFTA-domstolens dom kan gjøre at saken kan havne i retten igjen.

Frem til den tid er i alle fall fellesskapet sikret eierskapet tilvannkraften ved at det offentlige eierskapet er styrket. Den nye Loven har fått en formålsbestemmelse hvor dette er gitt i §1, første ledd ”Landets vannkraftsressurser tilhører og skal forvaltes til beste for allmennheten”.

¹²² Ot.prp.nr.61 (2007-2008) pkt. 6.1

Litteraturliste

EØS-rett, Fredrik Sejersted...[et.al], 2.utg, Oslo, 2004

Sands, Philippe, Principles of International Environmental Law 2003, Cambridge University Press.

P.S.R.F Mathijsen, A guide to European Union Law, London, 2004

Olav Kolstad, NOU 2004:26 Hjemfall, vedlegg 3, EØS-rettslig vurdering av hjemfallsinstituttet

Sven Norberg, Norwegian Waterfalls – The EFTA Court judgment in the «Hjemfall»-case shakes national feelings and provokes urgent legislative reaction, European Law reporter nr 9 2007

Per Andreas Bjørgan, Niels Fenger, Peter Dyrberg, EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis i 2005-2007, Lov og Rett 5-6 2006 s.259-325

Peter Ørebech, "EØS-avtalens artikkel 125, med særlig vekt på diskusjonen i NOU 2004:26 Hjemfall" Lov og Rett 2006 side 26

Peter Ørebech, Hjemfallsdommen: I strid med Grunnloven, publisert:

<http://www.kraftnytt.no/default.asp?page=21866&article=41784>,

Fredrik Sejersted, Fellesskapets fosser, Kronikk, Aftenposten torsdag den 18.september 2008

Arnesen, Finn Regulerer EØS-avtalen den norske stats utnyttelse av petroleumforekomster? Tidsskrift for rettsvitenskap 1994 s 424

Arnesen, Finn, EØS-avtalens konsekvenser for praktiseringen av det norske petroleumskonsesjonssystemet, Lov og Rett 1992 side 456

Lovsregister

Lov av 14.desember 1909 nr. 16

Lov av 14.desember 1917 nr. 17

Lov av 14.desember 1917 nr.16

Domsregister

Sak E-2/06 ESA mot Norge [2006] EFTA

Sak E-3/98 Rainford-Towning [1998] EFTA

Sak E-2/97 Mag Instrument Inc. v California Trading Company Norway, Ulsteen [1997]
EFTA

Sak C-452/01 Ospel v Schlössle Weissenberg [2003] ECR I-9743

Sak C-302/97 Klaus Konle mot Østerrike [1999] ECR I-3099

Sak C-182/83 Fearon mot Irish Land Comission [1984] ECR 3677

Sak C-463/00 Kommisjonen mot Belgia [2002] ECR I-4809

Sak C-483/99 Kommisjonen mot Frankrike[2002] ECR I-4781

Sak C-367/98 Kommisjonen mot Portugal [2002] ECR I-4731

Forarbeider

Ot.prp.nr.1 (1909) Ang.utfærdigelse av love om erhvervelse av alm. Fast eiendom,
vandfald, bergverk m.v. og om erhvervelse av skog.

Ot.prp.nr.82 (1991-1992) Om endringer i energilovgivningen som følge av en EØS-avtale.

St.prp.nr.100 (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det Europeiske
samarbeidsområde (EØS)

Ot.prp.nr.70(1992-1993)

NOU 2004:26 – Hjemfall

St.meld.nr.27 (2001-2002) Om EØS samarbeidet 1994-2001

Ot.prp.nr.61 (2007-2008) (endringslov) Erverv av vannfall, bergverk og annen fast eiendom m.v. (industrikonsesjonsloven) og i lov 14. desember 1917 nr. 17 om vassdragsreguleringer (vassdragsreguleringsloven)

Andre dokumenter

Application to the EFTA-court in case E-2/06 by ESA

Defence to the EFTA-court in case E-2/06 by Norway

Reply to the EFTA-court in case E-2/06 by ESA

Rejoinder to the EFTA-court in case E-2/06 by Norway

Brev fra Norge den 21.november 2001

Brev fra ESA den 20. Februar 2002

Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer's Opinion av 3 juli 2001 i saker C-463/00, C-483/99 og C-367/98

